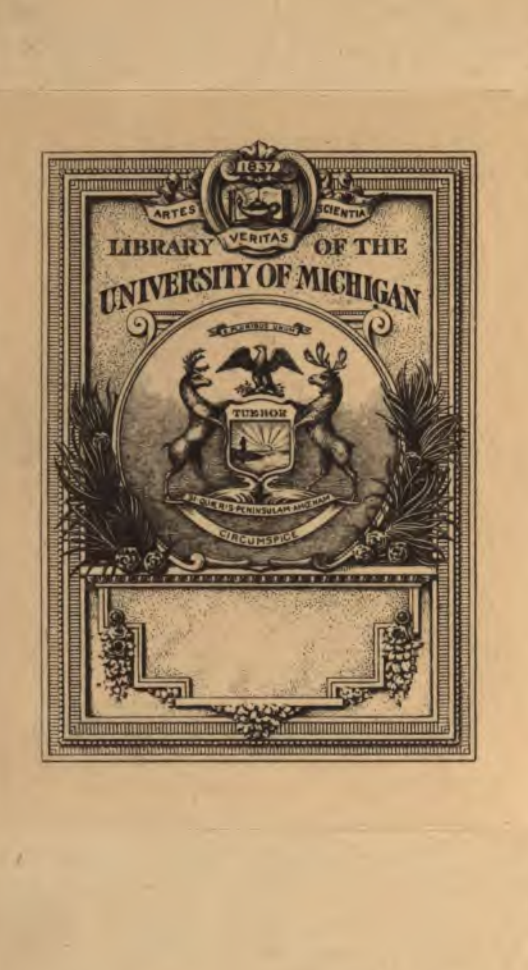



1837
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
SI QUAERIS PENINSULAM AMOENAM
CIRCUMSPICE

LE

DROIT CIVIL

INTERNATIONAL

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

TOME HUITIÈME.



BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, ÉDITEURS,
RUE BLAES, 33.

PARIS.
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ,
RUE SOUFFLOT, 20.

1882

LE DROIT CIVIL INTERNATIONAL

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

TOME HUITIÈME.



BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Ce, ÉDITEURS,
RUE BLAES, 33.

PARIS.
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ,
RUE SOUFFLOT, 20.

1882

LE

DROIT CIVIL

INTERNATIONAL

Bruxelles. — Typ. BRUYLANT-CHRISTOPHE Cie.

LE

DROIT CIVIL

INTERNATIONAL

PAR



F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

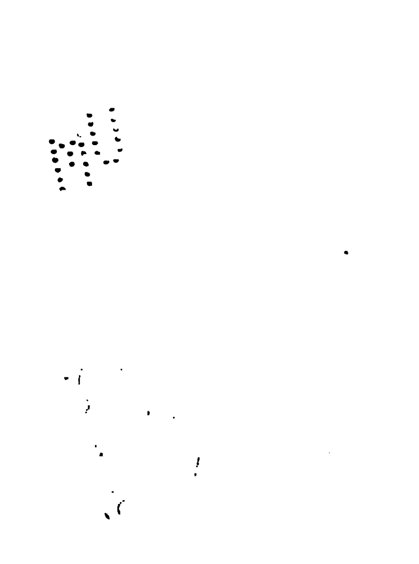
TOME HUITIÈME.



BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Ce, ÉDITEURS,
RUE BLAES, 33.

PARIS.
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ,
RUE SOUFFLOT, 20.

1881



MONSIEUR ROLIN-JAEQUEMYNS,

Je vous envoie le huitième et dernier volume de mes Études sur le droit civil international.

C'est une dette que j'ai contractée envers l'Institut du droit international dont vous êtes l'un des fondateurs.

J'ai toujours été d'avis que l'Institut devait s'occuper de préférence du droit international privé.

Si les membres étrangers voulaient faire successivement, pour les diverses matières, le travail que j'ai entrepris pour le droit français, qui est aussi le nôtre, l'Institut pourrait proposer la solution des questions les plus pratiques, sur lesquelles il y aurait toujours moyen de s'entendre.

J'ai, dans mes Études, appelé l'attention de l'Institut sur la question du mariage.

Il y a telles circonstances dans lesquelles il est impossible aux Belges, Français, Allemands, Anglais, etc., de se marier en pays étranger.

Le cas s'est présenté pour un Belge résidant en Égypte

M. le Ministre des affaires étrangères avait préparé un projet de loi pour donner une solution à la difficulté. Il a dû s'arrêter devant des impossibilités juridiques. La diplomatie seule peut trancher le nœud.

Serait-ce une utopie d'espérer que la diplomatie s'occupera d'une question de morale universelle?

Les éléments du débat se trouvent dans mes Études. Votre Institut pourrait compléter l'enquête et formuler un projet, que la diplomatie serait conviée à mettre à exécution.

C'est un vœu que je forme au moment où je termine mon travail. Si je n'ai pas pu assister à vos réunions, j'ai toujours été et je suis toujours de cœur et d'âme avec vous. J'ai applaudi à l'idée de ceux qui ont fondé l'Institut du droit international. Je serais très heureux si mes Études pouvaient contribuer à atteindre le grand but que vous poursuivez avec vos collaborateurs.

Tout à vous de cœur,

F. LAURENT.

DEUXIÈME PARTIE

LIVRE V.

Des obligations.

CHAPITRE I[er]. — LA LOI DES CONTRATS, DES QUASI-CONTRATS, DES DÉLITS ET DES QUASI-DÉLITS (suite).

ARTICLE II. — LES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

1. Le code civil contient un titre sur les *engagements qui se forment sans convention*, c'est-à-dire sans un concours de consentement; l'article 1370 porte que, dans ces engagements, il n'intervient aucune convention, ni de la part de celui qui s'*oblige*, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. Il ne faut pas conclure de là que le débiteur n'a pas la volonté de s'obliger, il ne peut pas y avoir d'obligation sans volonté de s'obliger; quant au créancier, il est présumé accepter l'engagement que le débiteur prend envers lui. Il y a donc un créancier et un débiteur, ce qui établit une différence entre ces engagements et les actes unilatéraux, entre-vifs, tels que la confirmation, où il n'y a ni débiteur ni créancier. Cela indique déjà une certaine analogie entre les faits juridiques dont le code Napoléon traite au titre IV et les obligations conventionnelles qui font l'objet du titre III.

L'article 1370 ajoute qu'il y a des engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi; il cite ceux qui se forment involontairement entre propriétaires voisins, ce que l'on appelle les obligations de voisinage; le code en traite au titre des *Servitudes;* j'ai suivi le même ordre, je renvoie, par conséquent, à mon Etude sur les *droits réels.* L'article 1370 cite encore les engagements des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée : tel est le père administrateur légal. J'ai aussi traité des administrateurs, en parlant des incapables, dans l'intérêt desquels la loi les établit.

D'autres engagements, dit l'article 1370, naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, c'est-à-dire d'un fait volontaire; ce sont les quasi-contrats, les délits et les quasi-délits : ils font la matière de la présente Etude. J'y rattacherai les engagements résultant de la loi; à vrai dire, les quasi-contrats résultent aussi de la loi; un fait ne pouvant pas engendrer des obligations entre deux personnes, dont l'une, au moins, n'a manifesté aucune volonté, sans que la loi intervienne.

Nº 1. DES QUASI-CONTRATS ET DE LA LOI.

2. Les auteurs mettent généralement sur la même ligne les engagements qui naissent de la loi, des quasi-contrats, et même des délits et des quasi-délits, et ils posent comme règle générale que, dans tous les cas, on suit la loi du lieu où le fait s'est passé. Dans mon opinion, il faut distinguer les divers faits qui donnent naissance à des engagements sans qu'il y ait un concours de consentement. Je commencerai par exposer les principes, tels que je les comprends; je reviendrai ensuite sur les opinions dissidentes.

Dans l'avant-projet de révision du code civil, j'ai formulé comme suit le principe concernant la loi qui régit les quasi-contrats : « Les quasi-contrats sont régis par la loi personnelle des parties, si elles ont la même nationalité, et par la loi du lieu où le quasi-contrat se forme, si elles appartiennent à des nations différentes » (art. 17). On voit en quoi mon principe diffère de la règle généra-

lement admise : je fonde, avant tout, la loi qui régit les quasi-contrats, comme celle qui gouverne les contrats, sur la nationalité des parties intéressées; c'est seulement dans le cas où les nationalités sont diverses, c'est-à-dire, en cas de nécessité, que je recours à la loi du lieu où le fait juridique se passe. Il me faut donc justifier l'assimilation que j'établis entre les contrats et les quasi-contrats.

Le code Napoléon (art. 1371) définit les quasi-contrats des « faits *purement volontaires* de l'homme, dont il résulte un engagement envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties ». A s'en tenir à cette définition, on pourrait croire que les quasi-contrats dépendent de la *volonté* des parties, de même que les contrats. Cette induction ne serait pas exacte. En effet, ce qui caractérise les quasi-contrats, c'est qu'ils se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé : ce sont les termes de l'article 1370. Il n'intervient donc pas de concours de consentement entre les parties, dès lors il est impossible d'appliquer le principe général qui gouverne les contrats, à savoir : qu'ils tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits (art. 1134). Or, c'est là la base de la théorie des statuts en matière de contrats : il n'y a point de statut proprement dit qui les régisse, c'est la volonté souveraine des parties qui constitue leur loi ; elles-mêmes sont législateurs. On ne peut pas en dire autant des quasi-contrats, car les parties se trouvent obligées sans en avoir manifesté la volonté. Il suit de là que l'on ne peut pas appliquer aux quasi-contrats la loi de l'autonomie, qui gouverne les obligations conventionnelles; de celles-ci j'ai dit qu'elles sont régies par la loi à laquelle les parties contractantes ont entendu se soumettre, et qu'à défaut d'une déclaration expresse, le juge doit rechercher l'intention des parties dans les faits et circonstances de la cause. On ne peut pas en dire autant des quasi-contrats : les parties intéressées ne contractent pas, elles n'entendent donc pas se soumettre à une loi quelconque; et à défaut de soumission, le juge est dans l'impossibilité de rechercher leur intention dans les faits

de la cause; elles n'ont pas d'intention commune; si elles en avaient une, il n'y aurait plus de quasi-contrat, il y aurait contrat; c'est la remarque de Rocco, et elle est d'évidence; si le maître de l'affaire qu'un tiers se propose de gérer avait connaissance de cette intention, il n'y aurait plus quasi-contrat de gestion d'affaires, il y aurait mandat tacite, donc contrat, et on appliquerait le principe qui régit les contrats. Il faut donc écarter la volonté des parties, en cas de quasi-contrat; il n'y en a pas, ni expresse ni tacite.

3. L'autonomie étant écartée, la conséquence est que les quasi-contrats, à la différence des contrats, sont soumis à un statut. Lequel? Ici, il y a analogie entre les deux faits juridiques. Pourquoi, en matière de contrats, recourt-on à des présomptions pour déterminer la loi qui les régit? Parce que les parties n'ont pas manifesté de volonté ni expresse ni tacite : le législateur et, à son défaut, le juge, présument la volonté que les parties auraient eue si elles avaient prévu le conflit des lois. Le législateur peut et doit faire la même chose quand il s'agit de quasi-contrats. Puisqu'il y a conflit de lois, il faut absolument que le législateur décide laquelle des lois qui peuvent s'appliquer aux quasi-contrats doit recevoir son application, et s'il ne l'a pas fait, le juge sera dans la nécessité de le faire, puisqu'il doit savoir d'après quelle loi il décidera le litige. Or, l'analogie conduit à assimiler les quasi-contrats aux contrats.

La loi elle-même indique qu'il y a analogie, en donnant le nom de *quasi-contrats* à des *faits* qui produisent des engagements de même nature que les *contrats*. L'analogie est telle que la *gestion d'affaires*, le plus usuel des *quasi-contrats*, est à peu près identique avec le *contrat de mandat*. « Le gérant d'affaires, dit l'article 1372, se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire. » Cette grande analogie s'explique. D'une part, le gérant manifeste la volonté de s'obliger envers le maître, car il ne peut pas gérer l'affaire sans s'obliger envers celui dont il soigne les intérêts. D'autre part, le maître est présumé consen-

tir, puisqu'il est très intéressé à ce qu'un ami fasse ses affaires, quand les circonstances l'empêchent de les faire lui-même. Il se forme ainsi un *quasi-concours* de *volontés*, ce qui justifie le nom de *quasi*-contrat, ainsi que l'assimilation que j'établis entre le quasi-contrat et le contrat, en ce qui concerne le statut qui les régit. C'est une présomption de volontés plutôt qu'un vrai statut : le statut est une loi qui s'impose aux parties, sans qu'on prenne leur volonté en considération, tandis que la loi, en déterminant le statut qui règle les effets du quasi-contrat, ne fait que ce que les parties elles-mêmes auraient fait, si elles avaient pu contracter. Sous ce rapport encore, il y a analogie complète entre la loi présumée des quasi-contrats et la loi présumée des contrats ; les présomptions que le législateur ou le juge établissent pour déterminer la loi du contrat, sont aussi fondées sur la volonté probable des parties ; ce ne sont pas des statuts imposés aux parties, puisqu'il dépend d'elles d'empêcher l'application des présomptions légales.

4. D'après cela, il est facile de justifier la présomption fondée sur la nationalité des parties. On suppose qu'un quasi-contrat de gestion d'affaires se forme à l'étranger, soit entre Français, soit entre étrangers, soit entre étrangers et Français. Si les deux parties ont la même nationalité, soit française, soit étrangère, l'analogie de la gestion d'affaires et du mandat conduit à appliquer à la gestion d'affaires la loi nationale des parties, comme cette loi nationale aurait régi le mandat, si les parties avaient voulu contracter un mandat ; on présume que les parties sont soumises à leur statut personnel quand elles contractent un mandat ; pour mieux dire, qu'elles s'y seraient soumises, si leur attention s'était portée sur le conflit des lois qui peuvent régir leurs conventions. La probabilité est fondée sur la connaissance que les parties ont de leur loi nationale, tandis qu'elles ignorent généralement la loi étrangère. Cette même probabilité est applicable à la gestion d'affaires : le gérant ne connaît guère que sa loi nationale, et quant au propriétaire, il est censé approuver ce que le gérant fait, et s'il est présumé l'ap-

prouver, c'est qu'il connaît la loi en vertu de laquelle le gérant agit, cette loi étant aussi la sienne. On se trouve donc dans le même ordre de probabilités, qu'il s'agisse d'une gestion d'affaires ou d'un mandat; partant, la présomption fondée sur la nationalité des parties peut et doit recevoir son application.

Si les parties appartiennent à des nations différentes, la présomption n'est plus applicable; il n'y a pas de raison pour présumer qu'elles ont entendu adopter la loi du mandataire plutôt que la loi du mandant; et ce qui est vrai du mandat est vrai de la gestion d'affaires, dans laquelle les parties n'ont manifesté aucune intention, puisque le quasi-contrat ne se forme pas par leur volonté. En matière de contrats, on admet que, dans cette incertitude absolue, on doit se prononcer en faveur de la loi du lieu où le mandat s'est formé; la présomption qui régit le contrat de mandat doit aussi régir le quasi-contrat de gestion d'affaires : il y a même motif de décider.

5. Le code Napoléon admet encore un autre quasi-contrat, le payement indû et le droit de répétition qui en résulte pour celui qui a payé sans être débiteur, ou sans qu'il y eût une dette. Ce second quasi-contrat diffère du premier. Le payement se fait par concours de consentement. Est-ce à dire que l'on doive appliquer la règle qui régit les contrats? La question implique une contradiction dans les termes. D'après le texte formel du code civil (art. 1370 et 1371), le quasi-contrat se forme sans concours de volontés; dès que les volontés des deux parties concourent, il y a contrat; partant, il ne saurait être question d'appliquer au payement indû la loi présumée qui régit les contrats: il faut, au contraire, décider que le quasi-contrat du payement indû est régi par la même présomption que la gestion d'affaires. Quoique ce quasi-contrat se forme à l'occasion d'un payement, il ne résulte néanmoins pas d'un concours de volontés. Celui qui paye entend acquitter une dette, il ne songe pas à acquérir une action en répétition contre celui à qui il paye ce qu'il ne doit pas; car s'il savait qu'il ne doit pas, il n'y aurait plus lieu à la répétition de l'indû, l'erreur étant une con-

dition essentielle de la répétition. Quant à celui qui reçoit ce qui ne lui est pas dû, qu'il soit de bonne foi ou de mauvaise foi, il n'a pas non plus l'intention de restituer ce qu'il a reçu. D'où naît le droit de répéter et l'obligation de rendre? L'équité s'oppose à ce que celui qui a reçu ce qui ne lui était pas dû s'enrichisse, sans cause, aux dépens de celui qui a fait le payement indû ; il est donc obligé de restituer ce qu'il a reçu. La loi sanctionne ce que l'équité exige en donnant une action en répétition à celui qui a payé indûment.

Reste à savoir par quelle loi sera régi le payement indû? Peut-on appliquer à ce quasi-contrat ce que je viens de dire de la gestion d'affaires? Il y a une différence : le gérant consent à s'obliger envers le maître, bien qu'il n'y ait aucun concours de volontés ; tandis que, dans le payement indû, il n'intervient aucune manifestation de volonté. Mais cela n'empêche pas l'analogie entre le quasi-contrat du payement indû et les conventions : celles-ci se forment par un consentement véritable, et le quasi-contrat se forme par un consentement supposé. Celui qui paye ne le fait que parce qu'il se croit débiteur, donc avec la volonté de demander la restitution s'il ne doit rien. Quant à celui qui reçoit le payement indû, s'il est de bonne foi, il a la volonté de recevoir ce qui lui est dû, et l'intention présumée de restituer s'il n'est pas créancier. S'il est de mauvaise foi, il n'y a plus de volonté, même supposée, de rendre. C'est, à vrai dire, un délit civil, et, d'après la rigueur des principes, il faudrait appliquer la loi qui régit les délits. Ce serait bien mon avis, mais le code Napoléon en a décidé autrement ; il considère le fait de recevoir ce qui n'est pas dû comme un quasi-contrat, alors même que l'on reçoit de mauvaise foi. La conséquence est qu'il faut appliquer la règle des quasi-contrats, sauf à reviser le code, s'il y a lieu.

6. La doctrine que je viens d'exposer n'est admise par les auteurs qu'avec une grave modification ; ils ne tiennent aucun compte de la loi personnelle des parties qui figurent dans les quasi-contrats, et décident en termes absolus que les quasi-contrats sont régis par la loi du lieu.

Fœlix énonce cette opinion comme un axiome : « Les engagements que produisent les quasi-contrats ne constituent pas moins des *droits acquis* pour ceux entre lesquels ils se sont formés, que s'ils dérivaient de contrats exprès ; ils sont donc également régis par la loi du lieu (1). » Fœlix ne dit pas quel est ce lieu. Dans les contrats, c'est le lieu où les parties ont contracté en manifestant leur consentement ; dans les quasi-contrats, il n'y a pas de concours de volontés, puisque l'engagement se forme sans volonté ; voilà une différence qui paraît radicale entre les deux faits juridiques ; pourquoi, malgré cela, Fœlix les assimile-t-il ? Dire qu'il y a droit acquis dans les quasi-contrats comme dans les contrats, c'est donner un motif tellement vague qu'on pourrait l'appliquer à tous les faits juridiques, aux droits réels comme aux droits de créance, aux successions comme aux testaments. Ce qui a égaré Fœlix, c'est sa théorie des effets empruntée à la matière de la non-rétroactivité ; là les droits acquis jouent un grand rôle, mais je ne vois pas quelle influence peuvent exercer les droits acquis sur la question de savoir quelle loi doit les régir.

M. Brocher dit que le lieu dont la loi régit les quasi-contrats, c'est le territoire sur lequel le fait est intervenu ; il assimile les quasi-contrats aux délits et aux quasi-délits. Le code civil traite, à la vérité, de ces divers ordres de faits dans un même titre, mais ce n'est pas là une raison pour les assimiler : peut-on dire, comme le fait M. Brocher, qu'il s'agit de mesures de police intéressant l'ordre et la sécurité (2) ? Qu'est-ce que l'ordre, la sécurité et la police ont de commun avec la gestion d'affaires qui équivaut au mandat, et avec la répétition de l'indû fondée sur l'équité ? M. Brocher nie qu'il y ait une volonté présumée dans les quasi-contrats : c'est de la doctrine, dit-il, et de la loi que l'engagement prend naissance. Je ne comprends pas que la doctrine engendre des obligations et des droits. La loi, à la bonne heure, mais quand il n'y a pas d'intérêt en cause, la loi ne commande pas, au nom de la société,

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 259, n° 114 (4e édit.)
(2) Brocher, *Droit international privé*, p. 315 et suiv.

elle présume la volonté des parties intéressées; c'est bien sur cette présomption qu'est fondée l'obligation du maître dont l'affaire est utilement gérée; donc il y a, quoi qu'on en dise, volonté présumée de s'obliger; ce qui établit une différence radicale entre les quasi-contrats et les délits ou quasi-délits; celui qui cause un dommage par son fait n'a certes pas la pensée de s'obliger envers celui qu'il lèse par le fait dommageable, tandis que le gérant veut s'obliger et obliger le maître. La loi présume avec raison que le maître entend approuver ce que fait le gérant, parce que la gestion a lieu dans son intérêt; c'est la raison pour laquelle le code civil appelle ces faits juridiques des *quasi-contrats* : le mot seul indique qu'il y a un concours de volontés présumées, sinon le terme n'aurait point de sens.

7. Je suis étonné que les auteurs italiens, qui donnent tout à la nationalité, n'aient tenu aucun compte de ce fait dans les quasi-contrats, alors que le mot seul devait faire supposer qu'il y a des quasi-contractants, donc des volontés présumées, et place, par conséquent, pour la loi nationale. Esperson, qui a écrit un beau livre sur la nationalité considérée dans ses rapports avec les relations civiles internationales, se borne à renvoyer à Rocco (1). Nous allons entendre le jurisconsulte napolitain; sa justification de la loi du lieu est certainement ce qui a été écrit de mieux sur cette matière (2). S'il n'a pas tenu compte de la nationalité des parties qui figurent dans les quasi-contrats, c'est qu'à l'époque et dans le pays où il écrivait, le mot de nationalité était proscrit comme un cri de révolte, et Rocco est juriste avant tout; il faut ajouter, comme je le fais toujours en le citant, que c'est un jurisconsulte de premier ordre.

Rocco dit que les quasi-contrats dépendent de la loi du lieu où se passe le fait qui leur sert de fondement; la volonté de l'homme n'y est pour rien. Cela n'est-il pas beaucoup trop absolu? Le code Napoléon dit seulement que les engagements produits par les quasi-contrats se forment sans qu'il intervienne aucune convention, c'est-à-

(1) Esperson, *Di nazionalità*, p. 151, n° 42.
(2) Rocco, *Delle leggi delle due Sicilie*, chap. XXX, p. 260 et suiv.

dire aucun concours de volontés; mais de là ne suit pas qu'il n'y ait aucune volonté présumée. La définition que le code donne de la gestion d'affaires prouve que la volonté y joue un rôle : « Lorsque *volontairement* on gère l'affaire d'autrui, celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée » (art. 1372). Il s'engage donc parce qu'il le veut; sans doute sa volonté seule ne suffit pas pour qu'il y ait un lien d'obligation; il faut aussi la volonté du maître. Le code Napoléon dit que le maître *dont l'affaire a été bien administrée* doit remplir les engagements que le gérant a contractés, et l'indemniser des dépenses utiles et nécessaires qu'il a faites. Comment se fait-il que le maître soit obligé sans avoir consenti? L'article 1375 le dit : parce que son affaire a été bien administrée. N'est-ce pas là une raison décisive pour présumer son consentement? Quoi! on gère et on gère bien mes affaires que, par une circonstance quelconque, je suis dans l'impossibilité de gérer, et le législateur ne présumera pas que je consens à tout ce que fait le gérant? Il peut et il doit le présumer, parce que c'est la présomption du bon sens.

Rocco est trop bon juriste pour ne pas apercevoir l'analogie qui existe entre le contrat et le quasi-contrat : elle est marquée dans le nom même que ces faits juridiques portent; mais il la limite à la loi qui les régit. La loi qui gouverne les contrats est celle du lieu où la convention s'est formée; de même le lieu où le fait du quasi-contrat s'est passé détermine la loi qui le régit. Rocco ajoute que si la loi est analogue, les motifs sur lesquels la *loi du lieu* est fondée dans les contrats et dans les quasi-contrats sont tout différents. Dans les contrats, on suit la *loi du lieu,* parce que telle est la *volonté présumée* des parties contractantes; cette présomption fait défaut dans les quasi-contrats, parce que la volonté n'y intervient pas. En veut-on une preuve palpable? dit Rocco. Dès que la volonté intervient, le fait juridique change de nature, le quasi-contrat se change en contrat. Le propriétaire ignore que l'on gère ses affaires, il y a quasi-contrat; si le propriétaire sait, au moment même où la gestion a lieu, qu'un

tiers gère ses affaires, il y a mandat tacite, c'est-à-dire contrat. Donc il est impossible qu'il y ait une volonté dans le quasi-contrat; ce serait dire que le quasi-contrat est un contrat. Il est très vrai qu'il n'y a pas de concours de volontés, mais il y a des volontés présumées, comme je viens de le dire pour la gestion d'affaires. Quant à la loi qui régit les quasi-contrats et les contrats, celle du *lieu*, elle a le même fondement dans les deux faits juridiques. Quand la loi présume que les contractants s'en sont rapportés à la *loi du lieu du contrat*, elle ne présume pas ce que les parties ont voulu, car, en réalité, elles n'ont rien voulu, elles n'ont pas même pensé au conflit des lois; la loi présume ce que les parties auraient voulu si elles avaient prévu le conflit. Eh bien, n'en est-il pas de même dans les quasi-contrats? Tout y repose sur des volontés présumées : la loi présume d'abord que le maître aurait consenti à la gestion s'il en avait eu connaissance, voilà pourquoi elle appelle *quasi-contrat* ce concours de volontés présumées. Puis la loi présume encore que les parties intéressées, si elles avaient été dans le cas de consentir, auraient adopté la *loi du lieu* comme règle de leur contrat. Quoi de plus naturel? Le quasi-contrat de gestion d'affaires équivaut au contrat de mandat; il n'y a que cette différence, c'est que d'un côté il y a un concours de volontés réel, tandis que de l'autre côté, il y a un concours de volontés présumées; mais les volontés présumées doivent avoir le même caractère que les volontés réelles, donc les parties sont présumées vouloir s'en rapporter à la loi du lieu, en *quasi-contractant*, comme elles s'y rapportent en *contractant*.

Rocco est très embarrassé pour justifier la *loi du lieu* dans les quasi-contrats; n'admettant pas qu'il y a des volontés présumées qui seules justifient la *loi du lieu*, il se contente de dire qu'il n'y a pas d'autre loi possible. Cela n'est pas exact : il y a la loi nationale des deux parties, quand elles appartiennent à la même nation, ou, comme on disait jadis, la loi du domicile commun. Supposons que le fait du quasi-contrat se passe en pays étranger, là où aucune des deux parties n'est domiciliée,

là où toutes deux sont étrangères. Il y a, dans ce cas, deux présomptions possibles, celle de la loi du domicile (loi nationale) et celle de la *loi du lieu;* je demande quelle est la présomption la plus naturelle : celle de s'en rapporter à la loi du lieu où le fait s'est passé, loi que les parties ignoreront le plus le souvent, ou celle de la loi de leur domicile, qu'elles sont censées connaître? Les probabilités sont certainement pour la loi du domicile. Pourquoi Rocco ne l'a-t-il pas admise? Il la déclare impossible, parce qu'il croit que la volonté n'est pour rien dans les quasi-contrats, pas même une volonté présumée. Cela n'est pas exact, je crois l'avoir prouvé en analysant la gestion d'affaires et le payement indû; et dès que la loi personnelle est possible, on doit la préférer à la *loi du lieu*, comme étant plus probable.

Si la *loi du lieu* n'avait d'autre fondement que l'impossibilité d'en trouver une autre, on devrait bien l'accepter, puisqu'il faut nécessairement une loi pour déterminer les droits et les obligations des parties. Rocco ne se contente pas d'une loi qui n'aurait aucune autre raison d'être que celle de la nécessité; il éprouve le besoin, comme tout vrai jurisconsulte, de chercher une base rationnelle pour les principes qu'il établit. Il trouve ce motif dans la soumission que l'homme doit toujours et partout à la loi du lieu où il agit. Sans doute, l'homme doit se soumettre à la loi du pays, mais seulement quand cette loi commande ou prohibe, ou quand la souveraineté est intéressée à ce que la loi régisse toutes les personnes qui se trouvent sur son territoire. En matière de contrats, on ne dira certes pas que les hommes sont forcés de se soumettre à la loi du lieu, puisque le législateur leur laisse pleine liberté de faire leurs conventions comme ils le jugent à propos; et si le législateur respecte l'autonomie des parties contractantes, c'est que les conventions n'ont pour objet que des intérêts privés. N'en est-il pas de même des quasi-contrats? Où est l'intérêt social à ce que les quasi-contrats soient régis par la loi du lieu plutôt que par la loi nationale des parties? Si le mandat est d'intérêt privé, et dépend à ce titre de l'autonomie des parties, pourquoi n'en

serait-il pas de même de la gestion d'affaires que le législateur lui-même assimile entièrement à ce mandat? Peut-il y avoir deux lois différentes pour un seul et même fait?

Rocco objecte que le fait du quasi-contrat ne saurait être régi par une loi étrangère sans porter atteinte à la souveraineté territoriale. C'est le préjugé traditionnel de la réalité, c'est-à-dire de la souveraineté des coutumes. Je l'appelle préjugé en ce sens que les statutaires appliquaient la souveraineté dans des cas où la puissance souveraine est hors de cause. Tout le monde admet l'autonomie pour les contrats; on permet aux nationaux d'adopter pour leurs conventions une loi étrangère, sans craindre que la souveraineté en soit altérée. Pourquoi la souveraineté serait-elle compromise si le législateur présumait qu'un quasi-contrat où interviennent deux étrangers sera régi par la loi étrangère? Ainsi la souveraineté serait brisée si la loi nationale de deux étrangers régissait la gestion d'affaires où ils figurent comme parties; et la souveraineté resterait entière si, dans un mandat, les parties étaient convenues de régler leur convention par leur loi nationale! Voilà ce que j'appelle un préjugé de la tradition féodale dont Rocco n'est pas parvenu à s'affranchir. Peut-être le malheureux sort de l'Italie, à l'époque où il écrivait, y a-t-il été pour quelque chose. La haute sagesse de la diplomatie avait décidé que l'Italie n'était qu'une circonscription géographique, donc territoriale; le royaume des deux Siciles, dont l'ouvrage de Rocco porte le nom, n'avait d'autre base que la souveraineté territoriale; les souverains étaient jaloux de maintenir cette souveraineté intacte, puisque c'était le seul titre de leur puissance. Ces temps ne sont plus, et le droit doit se transformer avec l'état de la société.

8. Les auteurs citent encore comme un quasi-contrat la tutelle. Il en était ainsi en droit romain; mais cela est inadmissible en droit français, car le code Napoléon (art. 1370) range la tutelle parmi les engagements qui se forment par la seule autorité de la loi, et il distingue ces engagements de ceux qui naissent d'un fait personnel à l'individu qui se trouve obligé sans qu'il y ait eu une con-

vention. Mais la différence que la loi établit entre ces deux ordres d'engagements ne tranche pas la difficulté concernant le statut; elle la déplace seulement. Faut-il appliquer par analogie aux engagements qui résultent de la loi le principe qui régit les quasi-contrats? Il y a analogie, mais il y a aussi des différences essentielles qui conduisent à une loi différente.

En quel sens y a-t-il analogie? C'est la loi qui fait naître des obligations de certains faits, que l'on appelle des quasi-contrats, comme c'est la loi qui crée d'autres obligations par sa seule autorité. Un fait peut-il par lui-même engendrer des droits et des obligations? Il en est ainsi des faits dommageables, délits ou quasi-délits; mais un fait licite ne devient une cause d'obligations que lorsque la loi le dit. Si le maître est obligé, c'est parce que la loi suppose son consentement. Si celui qui a reçu un payement indû est obligé, c'est parce que le code civil présume son consentement en cas de bonne foi, et lui impose cette obligation en cas de mauvaise foi. On dit d'ordinaire que c'est l'équité; il est certain que l'équité le demande; mais l'équité n'engendre pas d'obligation, à moins que la loi ne la confirme par son autorité. C'est donc toujours à la loi qu'il faut remonter.

L'analogie qui existe entre les obligations légales et les obligations quasi-contractuelles est-elle suffisante pour que l'on applique aux premières la loi présumée qui régit les secondes? Je prends comme exemple la tutelle, que le code civil (art. 1370) cite comme exemple d'un engagement formé par l'autorité seule de la loi. Le législateur français met sur la même ligne les tuteurs et les autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée. Il résulte de la tutelle un engagement unilatéral du tuteur envers son pupille. En faut-il conclure que l'on doit assimiler la tutelle à la gestion d'affaires et distinguer, en conséquence, si le tuteur et le mineur ont la même nationalité ou une nationalité différente? Je crois que la nature de la tutelle s'y oppose. Elle est établie exclusivement dans l'intérêt du mineur; c'est la loi personnelle du mineur qui seule est compétente pour

régler tout ce qui concerne l'administration de sa personne et de ses biens. Peu importe que le tuteur ait ou non la même nationalité que son pupille; son statut personnel ne peut être pris en considération; il est délégué par la loi ou en vertu de la loi, qui veille aux intérêts du mineur, c'est-à-dire par la loi personnelle ou nationale de celui-ci. C'est cette loi qui décide quelles sont les garanties personnelles et réelles du mineur; c'est aussi cette loi qui détermine les obligations du tuteur, car ces obligations dépendent de l'organisation de la tutelle; elles varient selon qu'il y a un collége pupillaire ou un conseil de famille, et cela ne peut pas être réglé par la loi personnelle du tuteur.

L'objet de la tutelle conduit forcément à appliquer le statut personnel du mineur. On dit d'ordinaire que la tutelle étant un mandat légal doit être régie par le droit commun; que, par conséquent, il faut appliquer à la tutelle la loi qui régit les contrats. Je réponds que la loi elle-même résiste à l'assimilation de la tutelle au contrat de mandat; en effet, le code civil place la tutelle parmi les engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi, ce qui ne permet pas d'appliquer le statut qui régit les conventions. A vrai dire, l'administration de la tutelle a un caractère tout à fait spécial. Pourquoi le code civil en traite-t-il au premier livre, là où il règle l'état et la capacité des personnes? La raison en est que la tutelle fait partie du droit de famille, et dans le droit français l'état de famille est une branche de l'état général; donc la tutelle se rattache au statut personnel par excellence, celui qui règle l'état et la capacité. Il me semble que cela est d'évidence. Pourquoi y a-t-il une tutelle? Parce qu'il y a des incapables. Partant, c'est l'incapacité des mineurs qui joue le grand rôle en cette matière; toutes les dispositions de la loi ont en vue l'intérêt de l'incapable; alors même que la loi paraît se préoccuper de l'intérêt du tuteur, quand elle lui permet de s'excuser, c'est au mineur qu'elle songe, bien plus qu'à son mandataire légal. A plus forte raison, faut-il appliquer la loi personnelle du mineur quand il s'agit de déterminer les obligations du tuteur en ce qui

concerne l'administration de la personne du pupille et de ses biens, ainsi que les garanties réelles que la loi lui accorde sur les biens de son administrateur légal.

J'aboutis à la conclusion que j'ai formulée dans l'avant-projet de révision du code civil : les obligations qui résultent de l'autorité seule de la loi sont régies par le statut personnel de celui dans l'intérêt duquel sont établis les administrateurs légaux. Les auteurs mettent généralement sur la même ligne les obligations qui naissent de la loi et celles qui découlent d'un quasi-contrat et d'un fait dommageable ou quasi-délit (1). C'est confondre des faits d'une nature essentiellement diverse. Quel rapport y a-t-il entre l'administration légale du tuteur, organisée à raison de l'incapacité du mineur, et le délit ou le quasi-délit ? Serait-ce parce que les délits sont d'ordre public, et que la tutelle est de droit public ? Il n'est pas vrai que les faits dommageables soient par eux-mêmes d'ordre social, et il n'est pas plus exact de dire que la tutelle appartienne au droit public dans le vrai sens de cette expression. Il s'agit d'intérêts privés, et ces intérêts ne changent pas de nature parce qu'un incapable est en cause. Quant aux faits dommageables, il est rare qu'ils constituent des délits criminels, et alors même qu'ils résultent d'un crime, ils ont un tout autre caractère, et sont régis par de tout autres principes. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la sûreté des personnes peut être compromise par un fait purement civil; voilà pourquoi le législateur a dû se montrer plus sévère pour les engagements qui naissent d'un fait dommageable que pour les engagements qui naissent d'une obligation conventionnelle, et de là résultent aussi des différences quant à la nature du statut. Mais ces considérations n'ont rien de commun avec les engagements qui résultent de la seule autorité de la loi. En les confondant on a créé des difficultés qui n'existent pas dans l'opinion que je propose. Telle est la question de savoir si l'hypothèque légale que le mineur a sur les biens de son tuteur, s'étend aux immeubles que le tuteur possède en pays étranger. L'em-

(1) C'est ainsi qu'Asser résume la doctrine (*Schets van het internationaal privaatregt*, p. 64 et 65).

barras des légistes est grand quand on considère la tutelle comme un quasi-contrat, ou comme un contrat, ou qu'on l'assimile aux faits dommageables ; tandis que la solution est facile si l'on s'en tient au statut personnel de l'incapable. Je renvoie à ce que j'ai dit dans le cours de ces Etudes sur l'hypothèque légale des incapables.

Nº 2. DES DÉLITS ET DES QUASI-DÉLITS.

9. Les délits et les quasi-délits sont des faits dommageables. Aux termes de l'article 1382, tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. L'article 1383 ajoute : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence. » Quand il y a simplement faute, négligence, imprudence, impéritie, le fait dommageable constitue un quasi-délit : comme c'est là la règle générale, on qualifie ordinairement de quasi-délits tous les faits dommageables ; il y a cependant une différence considérable entre le quasi-délit et le délit ; celui-ci implique la volonté de nuire, et la volonté illicite peut aller jusqu'au crime. Les faits criminels donnent lieu à deux actions, l'une *publique*, intentée au nom de la société et dans son intérêt ; elle tend à l'application de la peine ; l'autre, *civile*, qui tend à la réparation du dommage causé par le délit. Un fait peut ne pas constituer un délit criminel et être néanmoins un fait dommageable ; ce sera un délit purement civil.

Le code Napoléon semble assimiler les délits et les quasi-délits aux quasi-contrats. Aux termes de l'article 1370, 4e paragraphe, « les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits ». Il y a, en effet, cette analogie que, dans les deux ordres de faits juridiques, l'obligation résulte d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé ; on peut encore dire des délits ce que l'article 1371 dit des quasi-contrats, c'est que le fait est *purement volontaire ;* mais, malgré cette analogie, il y a

une différence capitale entre les quasi-contrats et les délits ou les quasi-délits; dans les premiers il y a volonté déclarée ou présumée de s'obliger, tandis que l'auteur d'un fait dommageable ne commet point le délit pour donner une action en dommages-intérêts à celui qui se trouve lésé par sa faute. C'est la loi qui crée cette action, et elle le fait dans un intérêt public autant que dans l'intérêt de celui qui a éprouvé un dommage. Ceci est un point capital, car la question du statut en dépend.

On dit d'ordinaire, et j'ai dit aussi que, dans le délit civil, l'intérêt de la société n'est point en cause; à plus forte raison, en est-il ainsi dans les quasi-délits. Cela est vrai, en ce sens qu'il ne naît pas du délit civil une action publique, ou qu'il n'y a pas lieu à l'application d'une peine. Mais il faut se garder d'en conclure que les délits et les quasi-délits soient de pur intérêt privé. Le texte du code Napoléon prouve le contraire. L'article 1382 pose le principe que tout fait dommageable donne lieu à une réparation lorsqu'il y a *faute*. Il y a des degrés dans la faute : toute faute, quelque légère qu'elle soit, oblige-t-elle l'auteur du fait dommageable à la réparer? L'article 1383 répond à la question : Une simple *négligence*, une *imprudence* suffisent pour qu'il y ait quasi-délit. C'est la doctrine traditionnelle; elle est universellement admise en droit français (1). Dans les obligations conventionnelles, le débiteur ne répond que de la faute légère. Pourquoi l'auteur d'un fait dommageable est-il tenu beaucoup plus sévèrement? La vie des hommes peut être compromise par une imprudence ou une négligence de l'auteur du fait dommageable; il faut que le législateur se montre rigoureux pour indemniser la victime ou la partie lésée, et surtout pour engager tout le monde, par la sévérité de la loi, à être prudent et prévoyant, afin d'éviter des fautes qui peuvent occasionner la mort ou la mutilation d'une personne. En matière de convention, l'inexécution de l'obligation ne cause qu'un dommage pécuniaire; cette lésion est réparable, et, par suite, le législateur peut se montrer

(1) Voyez le t. II de mes *Principes de droit civil*, p. 492, n° 462.

indulgent. Où est la réparation, pour la vie perdue, pour un membre mutilé?

Il y a une autre raison de différence qui touche à la question des statuts. Les conventions se forment par la volonté des parties, qui leur tient lieu de loi; elles sont libres de traiter ou de ne pas traiter avec des personnes négligentes ou imprudentes; si elles contractent, elles peuvent exiger que le débiteur se soumette à la responsabilité la plus rigoureuse, celle de la faute la plus légère, même celle du cas fortuit. Dans les délits, au contraire, et dans les quasi-délits, la volonté des parties intéressées n'est pour rien; on est débiteur sans le vouloir, et on devient créancier malgré soi. C'est donc la loi qui doit sauvegarder les intérêts de celui qui est victime d'une imprudence. On ne peut pas même comparer, sous ce rapport, les délits et quasi-délits aux quasi-contrats. Il est vrai que la loi intervient, en matière de quasi-contrats, pour déclarer obligée celle des parties intéressées qui n'a pas consenti, mais il y a au moins une volonté présumée. Puis, lorsqu'il s'agit de déterminer la faute d'un *quasi-contractant,* la loi ne peut pas lui imposer une responsabilité plus rigoureuse qu'à ceux qui contractent, parce que l'intérêt public est hors de cause, et c'est l'intérêt public surtout qui exige une responsabilité sévère, en matière de faits dommageables. Les intérêts privés sont suffisamment sauvegardés par le droit commun. Ainsi le gérant n'a d'action contre le maître que s'il a *utilement* géré son affaire (1); si la gestion n'a pas été utile dans son principe, il n'y a plus de gestion d'affaires, il y a tout au plus une action jusqu'à concurrence de l'avantage que le maître a retiré de l'immixtion imprudente du tiers dans des affaires qu'il aurait dû gérer utilement ou ne pas s'en mêler. Dans la répétition de l'indû, le demandeur a été lui-même imprudent en payant une dette qui n'existait point, ou dont il n'était pas le débiteur; il doit se contenter d'une réparation, consistant dans ce dont s'est enrichi celui qui de bonne foi a reçu un payement indû. Si ce dernier est de

(1) Action *de in rem verso.*

mauvaise foi, il répondra de toutes les suites de son dol.

10. Il résulte de là des conséquences très importantes en ce qui concerne la nature du statut qui régit les faits dommageables. Dans les quasi-contrats comme dans les contrats, on tient compte, d'après la doctrine que j'ai exposée, de la nationalité des parties contractantes ou quasi-contractantes. Tandis que, dans les délits et les quasi-délits, la nationalité de l'auteur du fait dommageable est tout à fait indifférente. Un étranger cause un dommage en France à un Français ou à un étranger; il sera tenu de le réparer, parce que la loi qui régit les faits dommageables est une de ces lois de police et de sûreté qui obligent tous les habitants du territoire, étrangers ou nationaux (art. 3, § 1er). Par contre, si un étranger est lésé, en France, par un délit ou un quasi-délit, il aura une action en dommages-intérêts contre l'auteur du fait dommageable, fût-il étranger; car, si les étrangers sont soumis aux lois de police et de sûreté, ils profitent aussi de la protection qu'elles accordent à tous ceux qui habitent le territoire. La Constitution belge le dit : « Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens » (art. 128). Là même où les constitutions ne le disent point, ce principe est reconnu, parce qu'il est consacré par le droit des gens chez tous les peuples civilisés.

Sur ce point il n'y a pas de doute. Mais on demande quelle est la loi qu'il faudra appliquer soit en faveur des étrangers, soit contre eux. Quand le dommage a été causé en France, et que les étrangers, auteurs ou victimes du fait dommageable, habitent le territoire français, il faut décider sans hésiter que la loi territoriale doit recevoir son application. C'est cette loi que l'auteur du délit ou du quasi-délit a violée, c'est sous la protection de cette loi que la partie lésée se trouve placée; c'est donc cette loi qui régit le fait. Vainement l'étranger défendeur invoquerait-il sa loi nationale; en supposant même que cette loi soit aussi celle du demandeur, il faudrait l'écarter; elle pourrait être plus ou moins sévère que la loi française; or, c'est au législateur territorial seul qu'il appartient

d'apprécier la gravité du fait dommageable, et la réparation dont est tenu le débiteur; la loi est territoriale de son essence, le législateur étranger n'a ni pouvoir ni qualité pour estimer la réparation qui est due, à raison du trouble apporté à la sûreté et à la police de l'Etat. Il se pourrait même que, d'après la loi nationale des parties, le fait ne donnât lieu à aucune action, malgré le dommage causé; peu importe. Chaque législateur apprécie sa police et sa sûreté à sa guise; il reste donc vrai de dire que l'ordre public français exige que le dommage causé soit réparé, parce que la loi française a décidé qu'il y avait fait dommageable, et, partant, lieu à une réparation, au profit de la partie lésée tout ensemble et dans l'intérêt de la société.

Si le fait dommageable a eu lieu à l'étranger, soit entre Français, soit entre étrangers, quelle loi faudra-t-il appliquer dans ce cas? La nationalité n'a aucune influence en cette matière. Cela est certain quand des étrangers commettent un délit ou un quasi-délit en France; il en doit être de même lorsque le fait dommageable a lieu à l'étranger. C'est du fait que découle l'action; si celle-ci était intentée dans le pays où le dommage est causé, elle serait régie par la loi locale, donc elle doit aussi être régie par cette loi si, à raison d'une circonstance quelconque, l'action est portée devant un tribunal français : le fait étant le même, pourquoi le droit changerait-il? Or, le fait implique une lésion de l'ordre public dans le pays où il s'est passé; le statut qui le régit est par cela même réel.

11. Telle est l'opinion généralement admise. Cependant Wächter nous apprend que plusieurs légistes anciens et modernes appliquent aux obligations qui naissent des délits et quasi-délits le statut qui régit les obligations (1). C'est confondre deux ordres d'idées absolument différents. En matière d'obligations, il n'y a point de statut proprement dit; les parties sont autonomes, la volonté des contractants leur tient lieu de loi. Si l'on a égard à leur

(1) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 390, note 386.

nationalité, c'est quand, à défaut d'une volonté expresse ou tacite, le législateur ou le juge doivent recourir à des présomptions; la *loi nationale* ou la *loi du lieu* repose toujours sur la volonté présumée des parties. Or, en matière de délits et de quasi-délits, il ne peut être question de la volonté du débiteur et du créancier; l'autonomie n'y joue aucun rôle, dès lors il ne peut être question d'une présomption fondée sur l'autonomie; partant, la loi nationale de celui qui a causé le dommage et de celui qui l'a souffert est hors de cause. Il y a, sous ce rapport, analogie entre le délit criminel et le délit civil. Ceux qui commettent un crime sont soumis à la loi pénale du pays où le crime a été commis, et dont l'ordre public a été troublé; il en doit être de même des auteurs d'un fait dommageable; si un Français cause un dommage, en Allemagne, soit à un Français, soit à un étranger, il trouble l'ordre public de l'Allemagne, mais son fait n'a rien de commun avec l'ordre public français. En conséquence, la nationalité ne doit pas être prise en considération. Les auteurs qui ont assimilé les délits aux contrats n'ont tenu compte que de l'obligation qui en naît; mais la notion de l'obligation ne suffit point pour déterminer la nature du statut : ce qui le prouve, c'est que dans les obligations conventionnelles l'autonomie des parties règne en maîtresse absolue, tandis que dans les obligations qui naissent d'un délit, il y a un statut indiqué par la nature même du fait dommageable, le statut réel qui s'impose aux parties, qu'elles le veuillent ou non.

12. Wächter et Savigny, à sa suite, ont un autre système, ils se prononcent pour la loi du for compétent. La grande autorité dont jouissent ces deux jurisconsultes me fait un devoir de m'arrêter à leur dissentiment. Wächter commence par critiquer l'opinion générale qui s'attache au statut réel. Les raisons que l'on donne pour la justifier ne sont pas toutes bonnes. On invoque d'abord l'adage *Locus regit actum;* c'est donner à cette maxime traditionnelle une portée qui est contraire au sens littéral qu'elle présente et aux motifs pour lesquels elle s'est introduite partout. Le mot *acte* veut dire un écrit, il s'agit

de savoir dans quelles formes l'écrit qui est dressé pour constater un fait juridique doit être reçu pour faire foi partout; pour bien des raisons, que j'ai exposées dans le cours de ces Etudes, on a admis comme règle universelle que l'acte dressé dans les formes usitées là où il est passé est valable dans tous les pays. C'est en ce sens que l'adage est consacré par les lois, par la doctrine et par la jurisprudence : qu'est-ce que les délits et les quasi-délits ont de commun avec la preuve littérale des faits dommageables? Ce qui caractérise ces faits, c'est que précisément ils ne se prouvent pas par des écrits; voilà pourquoi le code Napoléon permet au créancier de prouver les délits et les quasi-délits par témoins, quel que soit le montant pécuniaire du dommage qui en est résulté, par l'excellente raison qu'il a été impossible au créancier de s'en procurer une preuve littérale (art. 1348).

On donne un autre motif à l'appui de l'opinion générale. Il résulte du délit, dit-on, un droit pour la partie lésée, droit qu'elle peut faire valoir partout. Sans doute, répond Wächter, mais cela ne prouve pas que ce droit soit régi partout par la loi du pays où le fait dommageable s'est passé. Cela est vrai; la notion du droit acquis est empruntée à la théorie de la non-rétroactivité de la loi; mais en admettant l'analogie entre le *temps* et le *lieu* où le fait dommageable a été commis, il ne faut pas en conclure que par cela seul qu'un droit est acquis, il faille y appliquer la loi du pays où le fait s'est passé. Il y a une autre raison qui justifie l'opinion généralement suivie; je suis étonné que Wächter n'en fasse pas mention; dans tout ce qu'il dit des délits et quasi-délits, il assimile les faits dommageables aux délits criminels qui peuvent aussi être des délits civils; l'assimilation est trop absolue, et, par cela même, elle aboutit à des conséquences que je crois erronées. Il y a cependant un élément qui leur est commun, tout en différant, selon qu'il s'agit d'un crime ou d'un simple fait dommageable, la lésion de l'ordre public. C'est cette lésion qui constitue l'essence du délit criminel; la lésion est moindre dans le délit civil, mais elle existe, et elle exerce une influence sur l'engagement qui résulte du fait dommageable (n° 9).

M. Brocher insiste sur ce caractère du délit civil (1); il est essentiel en ce qui concerne la nature du statut. On s'accorde à déclarer réel le statut qui est relatif à l'ordre public; or, il est incontestable que les faits qui compromettent la vie des hommes ou l'intégrité de leur corps compromettent la sûreté publique; les lois qui donnent une réparation à la partie lésée sont donc des lois de police, dans le sens de l'article 3 du code civil, aux termes duquel les lois de police obligent tous ceux qui habitent le territoire, ce qui, dans la théorie traditionnelle des statuts, signifie que ces lois sont réelles. Il en faut conclure que la loi du pays dont l'ordre public a été lésé déterminant la nature et la gravité du fait, c'est cette loi qui doit recevoir son application. En ce sens, on peut dire que le droit est acquis. Si le fait constitue un délit civil d'après la loi du pays où il s'est passé, la partie lésée a un droit, et n'est-il pas de principe, en matière de droit international privé, que tout droit doit être respecté et sauvegardé, n'importe où l'action est intentée? C'est bien là cette communauté de droit que Savigny a donnée comme idéal à notre science. L'illustre jurisconsulte dit très bien que le juge doit décider la contestation qui lui est soumise, d'après la loi qui régit le fait litigieux, sans distinguer si c'est une loi étrangère ou une loi nationale. Dans l'espèce, la nature du fait est déterminée par la loi du pays où le droit est né, c'est donc cette loi qui partout doit recevoir son application.

13. La loi du for compétent proposée par Wächter est sujette à bien des critiques. En principe, la compétence est étrangère à la théorie des statuts. De ce que tel tribunal est compétent, on ne saurait induire qu'il doit juger d'après la loi du lieu où il est appelé à rendre justice. Cette confusion de la compétence et du statut conduirait à annuler le droit international privé. Je viens de rappeler le mot si profond de Savigny, la communauté de droit entre les peuples (2); elle implique que le droit n'est pas dans la dépendance du lieu où la justice est rendue : la justice et le droit sont universels de leur essence. Sa-

(1) Brocher, *Droit international privé*, p. 313, n° 127.
(2) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 278.

vigny dit très bien, et Bouhier l'a dit avant lui, que le juge doit décider la contestation comme l'aurait fait le juge du lieu où ce droit est né et où il a pris son caractère distinctif; ce ne serait plus une justice, si le droit était apprécié différemment selon que l'action est portée devant les tribunaux de France, ou devant les tribunaux d'Allemagne. La communauté de droit serait impossible, dans ce système, et logiquement on aboutirait à faire de la loi du for compétent la loi universelle, partant il n'y aurait plus de droit civil international. Je suis étonné que Savigny se soit rangé à cet avis; car il rend impossible la réalisation de son idéal. Le juge, dit Wächter, doit juger d'après les idées que lui-même a de la justice, et non d'après l'idée différente qu'une loi étrangère peut avoir. Un légiste allemand, et des plus autorisés, Bar (1), remarque avec raison que le juge compétent pourrait raisonner ainsi dans toute affaire. D'après l'idée que sa loi lui donne de la justice, il estime qu'il faut appliquer la prescription de dix ans à l'action en nullité; ainsi raisonnera le juge français; tandis qu'une loi étrangère, et celle-là précisément, on le suppose, qui devrait recevoir son application à l'espèce, veut que l'on applique la prescription trentenaire. Le juge s'en tiendra à son idée de la justice, et comme il y a cent juges différents, chacun suivra sa loi territoriale. N'est-ce pas revenir à l'adage féodal que toute coutume est réelle? c'est-à-dire qu'il n'y a pas de communauté de droit, donc pas de droit civil international? Alors, à quoi bon écrire sur le conflit des lois? Il n'y a plus de conflit; c'est toujours la loi du for compétent qui dominera la loi étrangère.

Ne serait-ce pas l'assimilation trop absolue du délit civil et du délit criminel qui a égaré Wächter? Quand il s'agit d'un délit criminel, il est très vrai de dire que le juge doit se conformer à la notion de la justice telle qu'elle est consacrée par sa loi territoriale. Il n'a pas à s'enquérir quelle est la notion qu'une loi étrangère a de la justice, quand il apprécie le fait punissable, sur lequel

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 317 et suiv.

il est appelé à se prononcer. Il y a sans doute une justice universelle, mais elle varie dans ses applications. Personne n'oserait soutenir que le juge du for compétent doit condamner l'accusé parce qu'il est coupable d'un délit d'après sa loi nationale, alors que la loi territoriale ne considère pas le fait comme un délit ; et aucun juge n'a jamais hésité à condamner l'étranger pour un délit prévu par la loi territoriale, bien que, d'après la loi nationale de l'accusé, le fait ne fût pas punissable. En matière criminelle, l'idée de la justice est essentiellement territoriale. Il n'en est pas de même dans l'ordre civil. Un fait dommageable est partout un délit civil, s'il réunit les conditions requises pour constituer un délit, et ces conditions sont partout les mêmes, elles résultent de la nature des choses ; le code Napoléon n'en parle pas et cependant tous les auteurs sont d'accord. Il faut donc laisser de côté, dans notre débat, la notion de la justice territoriale, et appliquer le principe de la communauté de droit, que Savigny a si bien formulé.

14. Nous allons entrer dans le détail des difficultés, elles sont grandes, et elles expliquent le dissentiment qui règne parmi les auteurs. Un délit civil est commis en pays étranger par un Français, au préjudice d'un Français. La loi du pays n'ouvre pas d'action à la partie lésée : telle serait la loi qui refuserait toute action à celui qui s'est battu en duel, par la raison, mauvaise à mon avis, que *volenti non fit injuria*. Le Français lésé porte sa demande devant un tribunal français : le juge devra-t-il décider, conformément à la loi étrangère, qu'il n'y a point de délit civil? Cela serait contraire, dit Wächter, à la notion que le juge doit se faire de la justice. L'Etat doit protéger ses nationaux, même à l'étranger ; s'ils ont été lésés par un fait dommageable, il doit leur procurer une réparation ; dans l'espèce, rien n'est plus facile ; le dommage causé dans un duel est un délit civil, d'après la loi française, donc il doit être réparé. Au premier abord, cela paraît évident ; il y a cependant une objection sérieuse, dans l'opinion générale, que j'ai admise. Le fait n'est pas un délit civil d'après la loi du lieu où il s'est passé ; donc la

partie lésée n'a pas de droit, et par conséquent, elle n'a pas d'action, pas plus en France qu'à l'étranger. Si l'on s'en tient à la loi du lieu, cela paraît évident. Mais il y a un autre principe, en droit international privé, c'est que la loi territoriale, quand elle est d'ordre public, domine toute loi étrangère. Or, en droit français, le duel est un délit, donc le droit qui en naît est d'ordre public, partant le défendeur ne peut pas invoquer la loi du lieu où le fait s'est passé.

On insiste et l'on dit que, dans la théorie que j'ai exposée, la *loi du lieu* doit recevoir son application, parce que le délit intéresse l'ordre public; or, dans l'espèce, le législateur du *lieu* a décidé lui-même que l'ordre public n'exigeait pas la réparation du dommage; donc, légalement parlant, il n'y a pas de droit lésé. On ne peut pas se prévaloir de la loi française, puisque le fait n'ayant pas été commis en France, l'ordre public n'y a pas été troublé. Cela n'est pas exact. Quand un Français commet un crime en pays étranger, il peut être poursuivi en France, et, en tout cas, la partie lésée doit avoir une action en dommages-intérêts, car elle est placée sous la protection des lois françaises; refuser toute réparation à un Français lésé par un Français, fût-ce en pays étranger, ce serait un trouble à l'ordre public français, puisque cette impunité, d'une part, et de l'autre, ce défaut de protection, blesseraient les idées de justice que l'on a en France, et y a-t-il un plus grand trouble que celui qui se produit dans la justice?

L'hypothèse inverse soulève une autre difficulté. On suppose que la loi du lieu où le fait s'est passé le considère comme un délit; la partie lésée en poursuit la réparation en France, et la loi française ne range pas le fait parmi les délits. Faudra-t-il que le juge français, contrairement à sa loi, accorde des dommages-intérêts à la partie lésée? Je comprendrais le scrupule s'il s'agissait de l'application d'une peine. Mais la réparation civile n'a rien de commun avec la peine infligée pour un fait criminel. Il peut n'y avoir pas de crime, et néanmoins, il y aura un fait dommageable, si un dommage a été causé par un fait

volontaire; et bien loin que le sentiment de la justice soit blessé, en France, par la réparation d'un dommage causé, il le serait, au contraire, si le juge refusait de le réparer (1).

N° 2. APPLICATION DU PRINCIPE AU CONCUBINAGE.

15. Wächter et Savigny mentionnent une application du principe qui, paraît-il, a donné lieu aux opinions les plus diverses, au moins dans le domaine de la doctrine. Le concubinage n'est pas un délit criminel, d'après nos lois, mais il peut être un délit civil. Par quelle loi l'action sera-t-elle régie? par la loi du lieu où le fait s'est passé? ou par celle du for compétent? ou par la loi personnelle de l'homme qui s'est livré au concubinage (2)? On peut voir, dans Wächter, les noms des jurisconsultes qui se sont occupés de cette question délicate : outre Savigny et W¨chter, on y voit figurer Philips et Thibaut. En droit français, la difficulté se complique. Il peut y avoir fait dommageable, sans qu'il y ait concubinage, par une simple promesse de mariage; puis vient un fait délictueux, la séduction, suivie de grossesse, et enfin la grande difficulté qui naît de la défense de rechercher la paternité. Il faut distinguer les diverses espèces, car elles ne sont pas toutes régies par les mêmes principes.

La promesse de mariage était jadis obligatoire; il y a encore aujourd'hui des pays où elle équivaut au mariage. Je renvoie à l'Etude que j'ai consacrée à cette difficile matière. D'après la jurisprudence française, la promesse est nulle, alors même qu'elle serait sanctionnée par une clause pénale. C'est dire qu'elle ne donne pas lieu à des dommages-intérêts, comme telle. De là ne suit pas qu'il ne puisse y avoir un délit ou un quasi-délit. Toullier a mis dans tout son jour le caractère délictueux des promesses de mariage. Manquer à sa promesse, par légèreté, par

(1) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 389 et suiv. Comparez, en sens contraire, Asser, *Internationaal privaatregt*, p. 65.
(2) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 395-397.

inconstance, par infidélité, est une action immorale ; et c'est une infamie de faire des promesses avec le dessein de ne pas les tenir. Pourquoi donc décide-t-on que les promesses de mariage, comme telles, ne donnent lieu à aucune action? Le législateur a craint de favoriser des relations immorales, en donnant sa sanction à des promesses de mariage qu'il est si facile d'obtenir de la passion égarée : ce serait souvent prêter son appui à de honteuses spéculations. Cependant il y a un grand nombre d'arrêts qui prononcent des dommages-intérêts contre celui qui a manqué à la promesse qu'il avait faite. S'il y a dommage matériel, il n'y a aucun doute ; on est dans les termes de l'article 1382. On doit appliquer le même principe au dommage moral, que Pothier appelle un affront. Il est en effet, de règle, que l'atteinte portée à l'honneur et à la considération des personnes donne lieu à une action en dommages-intérêts. On est donc sous l'empire du droit commun (1).

D'après cela, il est facile de déterminer la loi qui régit l'action; ce n'est pas celle des obligations conventionnelles, quoiqu'il y ait une promesse bilatérale; cette promesse ne produit aucun effet, aucun lien de droit, elle est réputée ne pas exister ; donc il n'y a pas lieu d'appliquer les règles qui régissent les contrats. L'action naît d'un fait dommageable, il faut, par conséquent, appliquer la loi du lieu où les faits se sont passés. Il en serait ainsi alors même que, d'après la loi personnelle de l'auteur de la promesse, la convention serait valable, car l'action ne naît pas de la convention, le juge français n'en pourrait tenir aucun compte, puisque la promesse est considérée comme immorale, et à ce titre, elle ne produit aucun effet (C. Nap., art. 1131 et 1133); quant à la loi étrangère, elle ne peut être opposée à la loi territoriale du juge, puisque celle-ci est d'ordre public. Reste le délit, donc c'est le statut du délit qui doit recevoir son application.

16. La séduction est-elle un délit dans le sens des articles 1382 et 1383? Il y a délit quand un dommage

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. II, n°s 304-310.

est causé par une faute quelque légère qu'elle soit. Tel est le principe. Or, par elle-même, la séduction implique une faute, car elle suppose des manœuvres plus ou moins coupables employées par le séducteur pour tromper la femme qu'il abuse. C'est le sens que le Dictionnaire de l'Académie attache au mot *séduire :* cela veut dire, tromper, abuser, faire tomber en faute, corrompre, débaucher. Si la séduction présente ces caractères, comment nier qu'il y ait faute, et, partant, fait dommageable? Cependant la cour de cassation de France commença par refuser toute action pour *prétendue séduction*. Elle semblait croire que la séduction n'implique aucune faute. En effet, s'il y a des séducteurs, il y a aussi des séductrices, et bien souvent la séduction est réciproque, c'est dire que la faute est commune. Mais on ne peut faire de ce fait une règle absolue.

La jurisprudence a constaté des faits nombreux de séduction, où la faute, disons mieux, où l'infamie du séducteur était patente. Je me bornerai à en signaler un qui a eu un grand retentissement. Une jeune fille, âgée à peine de quinze ans, portait le pain que son père, boulanger, fournissait à la famille du séducteur, comme cela se pratique dans les petites villes. Elle y trouva un homme plus âgé qu'elle de vingt ans, riche, considéré, maire de sa commune; il abusa de la confiance que les parents de l'enfant lui témoignaient, pour la séduire. Ce n'est pas la jeune fille qui alla au-devant de la séduction, elle résista; le séducteur lui-même écrit qu'elle était pure et sans expérience; il appelle sa chute un sublime sacrifice, dans le jargon emprunté aux mauvais romans qui pullulent de nos jours. Faut-il demander qui, dans ces relations, était le coupable? Séduite, mère, elle est entraînée à Paris, non pas dans son intérêt, mais pour éviter le scandale au maire, à l'homme riche, au mari d'une femme abusée, car le séducteur était marié! Ses lettres attestent que plus d'une fois la malheureuse voulut rompre les liens où elle était engagée. Qui l'en empêcha? Pour briser ses chaînes, elle aurait dû exercer une profession; elle n'en avait pas, et par la faute de qui? La crainte de la misère pour elle et ses six enfants, telle était le moyen infâme par lequel

le séducteur la retenait dans la voie immorale où il l'avait engagée. La cour de Caen, par un arrêt sévère, mais juste, doubla les dommages-intérêts que le tribunal de première instance avait accordés à la victime. L'homme riche et puissant osa se pourvoir en cassation. Là aussi il trouva des juges sévères; l'arrêt de la cour suprême reproduit les termes flétrissants des juges du fait (1). Il est maintenant de jurisprudence que la séduction donne lieu à des dommages-intérêts quand il y a faute. La faute est évidente, quand la séduction a été exercée avec promesse de mariage; il y a plus que faute dans ce cas, il y a dol. Dans l'espèce, il ne pouvait y avoir de promesse de mariage, puisque le séducteur était marié. Mais sa faute, ses manœuvres coupables étaient attestées par sa correspondance. Donc il y avait délit civil.

17. Il y a une grave objection contre cette doctrine, c'est qu'elle paraît être en opposition avec l'article 340 qui prohibe la recherche de la paternité. L'objection a été faite devant les tribunaux français, elle a été reproduite dans le domaine du droit civil international par Savigny. Il est certain que si l'action implique directement ou indirectement une recherche de paternité, elle ne peut pas être reçue; dans ce cas, il faut appliquer l'article 340. Et comme cette disposition est fondée sur les bonnes mœurs, il en faut conclure, dit Savigny, qu'elle forme un statut d'ordre public, partant la mère ni l'enfant ne pourraient intenter en France une action en dommages-intérêts ni une demande d'aliments, si pour prouver leur droit, ils invoquaient la paternité contestée. Il en serait ainsi, dit Savigny, quand même le concubinage aurait eu lieu dans un pays dont les lois admettent la recherche de la paternité; car le juge français est enchaîné par la loi territoriale qui, étant d'intérêt social, écarte l'application d'une loi étrangère. Par contre, le tribunal étranger devant lequel une action serait portée pour un concubinage qui aurait eu lieu en France, devrait admettre la demande, si la loi territoriale permettait de rechercher la pater-

(1) Rejet, 26 juillet 1864 (Sirey, 1865, 1, 33).

nité (1). Ne faut-il pas dans ces questions difficiles tenir compte de la loi nationale qui règle l'état et la capacité? Et l'intérêt des bonnes mœurs est-il suffisant pour que le juge territorial doive repousser l'application de la loi personnelle? J'ai examiné ces questions dans mon Etude sur la Paternité et la Filiation : j'y renvoie (2).

Doit-on conclure de là que toute action contre le père d'un enfant naturel non reconnu devient impossible? En droit français, la négative est certaine; l'espèce que je viens de rapporter suffit pour le démontrer. Il s'agissait d'une filiation adultérine, et l'on sait la rigueur draconienne que le législateur témoigne aux enfants adultérins et incestueux; leur reconnaissance même est prohibée, et il ne peut être question de rechercher une paternité qui implique un crime. Néanmoins l'action de la mère a été admise. C'est que le fait de paternité n'était pas contesté, dès lors l'article 340 était hors de cause. Est-ce à dire qu'il suffit que la paternité soit contestée, pour que le juge doive écarter l'action de la mère? Il faut distinguer.

Quand la femme séduite demande des dommages-intérêts, ce n'est pas pour le simple fait de séduction, c'est que la séduction a été suivie de grossesse; elle réclame des dommages-intérêts pour elle et pour l'enfant qu'elle a mis au monde. Cela suppose que le séducteur est l'auteur de la grossesse et le père de l'enfant. S'il le nie, la femme sera-t-elle admise à faire la preuve de la paternité? Non, ce serait violer l'article 340 qui prohibe la recherche de la paternité d'une manière absolue, donc sans distinguer si l'action est formée par la mère ou par l'enfant. La cour de cassation l'a jugé ainsi pour une action alimentaire; demander des aliments, c'est réclamer l'exécution d'une obligation dérivant de la paternité; or, il ne peut y avoir d'obligation à charge du prétendu père, que si la paternité est constante; l'action tendant à la recherche de la paternité, elle devait être rejetée (3).

Il se peut que la paternité soit avouée, sans qu'il y ait

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 279.
(2) Voyez le t. V de ces Etudes, nos 260-274
(3) Arrêts de cassation du 3 ventôse an XI et du 26 mars 1806.

reconnaissance proprement dite. Cet aveu suffit-il pour justifier la demande en dommages-intérêts? A mon avis, oui; et la cour de cassation s'est prononcée en ce sens. Un jeune homme fait une promesse de mariage à une demoiselle, des relations intimes s'établissent entre eux; puis la femme séduite, enceinte, est délaissée, la famille du séducteur s'opposant au mariage. Plus honnête que son père, le jeune homme commença par avouer sa faute, dans sa correspondance, et il jurait, sur la foi d'un honnête homme, qu'il la réparerait. La cour de Toulouse le condamna à des dommages-intérêts. Sur le pourvoi, le demandeur soutint que l'arrêt violait l'article 340. Il n'y a, disait-on, de paternité légale que celle qui est constatée par un acte de reconnaissance authentique. Tout autre aveu est nul, dès lors le fait de paternité, que l'on invoque comme fait dommageable, ne peut être prouvé en justice, car ce serait une recherche de paternité, interdite par la loi. La cour de cassation n'accueillit pas ce système; elle consacra la distinction admise par la cour d'appel, distinction très subtile, mais juridique. La demande en dommages-intérêts tend-elle à constater l'état de l'enfant? Non; alors même que les dommages-intérêts sont accordés, l'enfant n'a toujours pas d'état; donc l'article 340 n'est pas en cause, car la recherche de la paternité a pour objet et elle aurait pour effet de donner une filiation à l'enfant; si l'enfant reste sans filiation, il ne peut être question de recherche. De quoi s'agit-il? De réparer une faute; or, la faute est avouée, et l'aveu de la faute est l'aveu d'un délit, ce n'est pas l'aveu de la paternité; le délit étant constaté par l'auteur même du fait dommageable, il y a lieu de le condamner à des dommages-intérêts (1).

Quand il y a faute constatée, sans qu'il y ait recherche, il faut appliquer les principes qui régissent les délits. La doctrine de Savigny ne serait plus applicable, et je ne crois pas qu'il ait songé à l'appliquer à cette hypothèse, car il ne prononce pas le mot de délit, il suppose qu'il

(1) Rejet, 26 mars 1845.

s'agit d'une recherche de paternité. Dès lors il importe peu que la recherche de la paternité soit prohibée ou qu'elle soit admise; cela ne change rien à la nature de l'action, qui est toujours fondée sur un fait dommageable. Il en résulte que l'action serait recevable partout, et elle serait régie par la loi du lieu où le fait s'est passé, dans l'opinion généralement admise.

18. Il se présente encore une difficulté dans cette difficile matière. L'enfant ne peut pas avoir une action contre son père, fondée sur un délit, car sa naissance n'est pas un délit, ni la conséquence d'un délit, c'est un fait providentiel. L'action de l'enfant serait donc fondée sur le devoir du père de fournir des aliments à l'enfant; or cette demande implique que la paternité est constante; si elle est niée, il y aurait lieu de la rechercher, et la recherche est prohibée. Il y a cependant des cas où la jurisprudence admet l'action de l'enfant. Le père d'un enfant naturel s'engage à pourvoir aux besoins de la mère et de l'enfant. On demande si cet engagement est valable. Ce n'est pas une reconnaissance, puisque le père n'entend pas reconnaître l'enfant; s'il le reconnaissait, il serait inutile de s'engager à le nourrir, puisque cette obligation serait une conséquence de la paternité. Reste à savoir si l'engagement de pourvoir aux besoins de la mère et de l'enfant est valable. Toute obligation est valable, quand elle a une cause licite, et quand celui qui la contracte est capable de s'obliger. Il se présente ici une singulière difficulté. On admet généralement que le mineur peut reconnaître un enfant naturel. Peut-il aussi, sans reconnaître l'enfant, s'engager à l'entretenir? La question est controversée. Je ne l'examine pas, parce qu'elle est étrangère au débat qui s'élève sur la validité de l'engagement pris par le père. On le suppose capable, mais on prétend que la cause est illicite. Quelle est, dans l'espèce, la cause de la dette alimentaire? Ce n'est pas la paternité, puisque, légalement parlant, elle n'existe pas; c'est le concubinage, donc l'engagement est contraire aux bonnes mœurs et nul comme tel. La cour de Bruxelles répond que le père remplit un devoir de conscience en promettant de nourrir l'enfant, et

l'accomplissement d'un devoir n'est certes pas un fait illicite (1). Ne pourrait-on pas répliquer qu'il n'est pas permis d'invoquer la paternité pour y fonder une obligation, tant qu'elle n'est point légalement établie? La paternité étant hors de cause, il ne peut plus s'agir que d'un fait dommageable. Quel est ce fait? Il n'y en a d'autre que la séduction. Or, aucun principe de droit ni de morale ne s'oppose à ce que l'auteur d'un fait dommageable le reconnaisse, et promette une réparation : la réparation d'un tort est un acte moral, quoique le tort soit un acte immoral. Il suit de là que l'engagement du père est régi par la loi qui donne une action pour un fait dommageable. Il ne s'agit pas d'une obligation conventionnelle, car cette obligation n'aurait pas de cause, la paternité ne pouvant pas être alléguée, puisqu'elle reste légalement incertaine. La seule cause que l'on puisse invoquer, c'est le délit; or, la promesse de réparer un délit étant la conséquence d'un fait dommageable tombe sous l'application de l'article 1382. Donc il n'y a pas lieu d'appliquer les distinctions que l'on fait, en matière de conventions, entre le cas où les deux parties ont la même nationalité et le cas où les nationalités diffèrent. On applique la règle que le fait dommageable est soumis à la loi du lieu où le délit a été commis.

19. J'ai supposé que l'engagement est pris envers la mère de l'enfant, et que cet engagement est valable, comme réparation d'un délit. L'enfant aurait-il une action directe contre son père? Ici les doutes abondent. L'enfant ne figure dans l'engagement pris par le père, que comme cause de dommages-intérêts dus à la mère. C'est donc la mère qui agit, et si elle invoque le nombre d'enfants auxquels elle a donné le jour, c'est uniquement pour fixer le montant des dommages-intérêts. L'enfant n'a pas d'action personnelle; il ne pourrait en avoir qu'en sa qualité d'enfant de celui contre lequel il forme sa demande; or, la filiation de l'enfant naturel ne peut être établie que par voie de reconnaissance volontaire, la recherche étant

(1) Voyez la doctrine et la jurisprudence dans mes *Principes de droit civil*, t. IV, n° 93.

prohibée. On a soutenu que l'action de l'enfant est admissible quand le père s'engage à pourvoir à ses besoins. Cette obligation est valable, dit-on, parce qu'elle a pour cause un devoir de conscience (1). N'est-ce pas une pétition de principe? Le devoir de conscience ne peut être que celui de la paternité; et la paternité qui n'est pas légalement constatée n'existant pas aux yeux de la loi, on n'en peut dériver aucune obligation. Dès que l'enfant est directement en cause, la paternité l'est aussi, et alors on se heurte contre des difficultés insolubles.

ARTICLE III. — La preuve.

§ Ier. — *Le principe.*

20. Le code Napoléon traite des preuves au titre des Obligations. C'est un vice de classification. Il est certain que les règles qui concernent la preuve sont générales de leur nature. Tout fait allégué en justice doit être prouvé, peu importe qu'il s'agisse d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit; peu importe encore que l'objet du litige soit un droit de créance, un droit réel, ou qu'il concerne l'état des personnes. Le vice de classification n'a aucune importance; il aurait un grand danger si l'on rattachait la théorie des preuves à la procédure; car on en pourrait conclure que la loi qui régit la procédure régit aussi les preuves. Or, il y a précisément en cette matière une distinction fondamentale que j'ai formulée en ces termes dans le projet de révision du code civil : « Les formes de procédure sont réglées par les lois du pays où le procès a lieu, et les formes d'exécution par la loi du lieu où les actes ou jugements sont exécutés. Les moyens de preuve sont réglés par la loi du pays où le fait s'est passé. » C'est parce que la matière des preuves n'appartient pas à la procédure que j'en dois traiter dans ces Etudes, qui sont consacrées exclusivement au droit *civil* international. Je dois donc commencer par justifier la distinction que je viens de reproduire.

(1) Bordeaux, 5 août 1847 et 5 janvier 1848.

Au premier abord on pourrait croire que les preuves sont une dépendance de la procédure. Les parties produisent leurs preuves en justice, dans le cours d'un procès, elles ont pour objet d'éclairer le juge, c'est sur ces preuves que sa décision se fonde; et il est obligé de décider d'après les preuves légales : quand même il aurait une connaissance personnelle du fait litigieux, il ne pourrait pas s'en prévaloir pour y fonder sa décision, et dès que le fait est légalement prouvé, il doit le tenir comme vrai, quand même il lui resterait un doute. La preuve est donc un élément essentiel dans la distribution de la justice; mais tout ce qui concerne la justice n'appartient pas à la procédure. Il y a, en cette matière, une distinction traditionnelle qui sert de base à la théorie que l'on suit généralement pour déterminer la loi à laquelle les preuves sont soumises. Je transcris ce que Boullenois en dit en son Traité de la personnalité et de la réalité des statuts : « On appelle règles *ordinatoires* des jugements (*ordinatoria judiciorum*) celles qui regardent l'*instruction* du procès, et la *manière de procéder* des parties et des juges, c'est-à-dire les *formes*, les *solennités* du procès. On donne le nom de *décisoires* aux règles qui servent de base à la décision du litige (*litis decisoria*). » Les *formes* de *procéder* sont étrangères aux *motifs* de *décider*. Ces formes, ou la procédure proprement dite, varient d'un pays à l'autre, elles peuvent être absolument différentes, sans que ces différences influent sur la décision du procès. La procédure du droit canonique se faisait entièrement par écrit, et il en est encore de même dans la législation prussienne; tandis que la procédure française est orale et publique. Cependant les deux systèmes, dans des procès identiques, conduiront d'ordinaire à la même décision. Pourquoi? Parce que la décision est indépendante de la procédure; elle se tire, dit Boullenois, en matière de conventions, de la volonté expresse ou tacite des parties, et dans le silence des parties, de leur volonté présumée par le législateur, ou de la loi du lieu du contrat, ce qui est encore une présomption légale de leur volonté. Or, ces motifs de décider sont les mêmes partout : sont-ce les titres qui décident,

comme en matière de propriété, ces titres sont les mêmes, et on les interprète d'après des règles qui sont généralement les mêmes. Qu'importe donc la procédure écrite ou orale? Cette diversité de formes n'influe pas sur la décision du procès. Ch. Dumoulin a formulé ce principe avec sa précision habituelle : « *Diversitas fori non debet meritum causæ variare* (1). »

21. La distinction des règles *ordinatoires* et des règles *décisoires* est capitale en ce qui concerne la loi qui régit la procédure et la loi qui régit les preuves. Les formes de procédure ont un lien intime avec le droit public : elles dépendent avant tout de l'organisation des tribunaux, appelés à rendre la justice. En Angleterre et aux Etats-Unis, le jury est un élément essentiel de la justice civile aussi bien que de la justice pénale, ce qui entraîne une procédure orale et publique. Cette procédure est aussi admise en France, en Belgique, en Italie, partout où règne le régime constitutionnel, qui est un régime de publicité et de débats oraux. Le droit public y domine. Or, il est de principe que tout ce qui tient au droit public forme un statut réel, territorial. En cette matière, il faut toujours dire, comme on le faisait jadis, que les lois sont réelles, c'est-à-dire souveraines, dans les limites de leur territoire. Chaque Etat s'organise comme il l'entend, d'après ses notions de la souveraineté et de la liberté ; ce serait une usurpation de la puissance souveraine si des étrangers prétendaient que leur loi nationale réglât les formes de procéder dans un pays où les lois prescrivent de tout autres formes. Les plaideurs, comme le dit très bien Rocco, n'y ont même aucun intérêt; car la différence de procédure n'influe pas sur la décision de la cause. Sans doute la procédure a pour objet une bonne distribution de la justice, mais les divers systèmes peuvent conduire au même but. Il est inutile d'insister sur ce point, tout le monde étant d'accord (2).

(1) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des lois*, t. Ier, p. 535 et 536

(2) Voyez d'excellents développements sur ce point dans Mittermaier, *Archiv für civilistische Praxis*, t. XIII, p. 293, suiv.

22. Les preuves, au contraire, influent directement sur la décision du litige, pour mieux dire ce sont les motifs de décider. Dans les pays où les jugements doivent être motivés, et tel est aujourd'hui le droit commun, le juge dit, dans les motifs ou considérants, sur quelles preuves s'appuie soit la demande, soit l'exception, et ce sont ces motifs qui justifient sa décision en fait et en droit. Il importe donc beaucoup de savoir quelle est la loi qui régit les preuves. On doit commencer par écarter la loi de la procédure, puisque les formes de procéder n'ont rien de commun avec les motifs de décider. Le droit public aussi est hors de cause, car les procès civils ne soulèvent que des difficultés d'intérêt privé que les parties portent devant les tribunaux. En matière de conventions notamment, tout dépend de la volonté des parties contractantes; quand leur volontée est constatée, le juge ne fait que déclarer ce qu'elles ont voulu, et ce qui leur tient lieu de loi. Ce n'est pas à dire que les parties décident aussi des preuves qui servent à établir ce qu'elles ont voulu. Les preuves ne dépendent pas de l'autonomie, c'est le législateur qui les établit en prenant en considération l'état intellectuel et moral de la nation. Ainsi dans le vieux droit, la preuve testimoniale était à peu près la seule qui fût connue, du moins on disait que *témoins passent lettres*. Ce n'est pas précisément, comme on le dit d'ordinaire, que, dans le *bon vieux temps*, il y avait plus de moralité que de nos jours; si les *lettres* jouaient un rôle secondaire dans le système des preuves, c'est que la preuve littérale était à peu près impossible, les hommes ne sachant ni lire ni écrire. Au moyen âge, les ténèbres régnaient également dans le monde laïque, les *clercs* seuls étaient lettrés, si l'on entend par là savoir lire et écrire; encore avons-nous des actes où figurent des chanoines, lesquels, pour toute signature, apposaient une croix, parce qu'ils ne savaient pas signer leur nom. A mesure que l'ignorance fait place à une certaine culture, les *écrits* remplacent la preuve testimoniale, et le législateur finit par établir comme règle que *lettres passent témoins*, par la raison bien simple qu'en supposant même aux témoins la moralité la plus

stricte, leurs déclarations faites sur le souvenir de ce qu'ils ont vu et entendu n'ont jamais la précision, et partant l'exactitude que présentent des actes dressés au moment même où les conventions sont arrêtées, actes rédigés par les parties elles-mêmes ou, en leur présence, par des officiers publics.

Les conditions requises pour la validité des actes varient encore d'après l'état intellectuel et politique des populations. Quant aux actes authentiques, ils exigent d'ordinaire l'intervention d'un officier public qui a pour mission d'imprimer l'authenticité aux actes qu'il est chargé de recevoir. Tel est le caractère de l'acte authentique chez la plupart des peuples; mais ce caractère n'est pas de l'essence de l'authenticité. D'abord les notaires ne sont pas une institution universelle; il y a des Etats où les tribunaux exercent la juridiction volontaire : tel était jadis le droit commun. Ailleurs, aux Etats-Unis la juridiction gracieuse est inconnue; par suite les formes sont plus simples, ou même il n'y a point de formes, pour les actes les plus importants de la vie, le mariage, la naissance. D'après le droit commun de l'Europe, les formes sont plus compliquées, mais aussi il y a plus de certitude dans les relations civiles; on n'y voit pas des procès durer trente-quatre ans pour établir l'existence d'un mariage : la simplicité n'est pas toujours la perfection.

Il suffit de constater les motifs pour lesquels les divers législateurs établissent des formes diverses, pour se convaincre que la volonté des parties intéressées n'y joue aucun rôle; ce n'est pas aux particuliers de juger si l'état intellectuel et moral d'un pays exige que *témoins passent lettres*, ou que *lettres passent témoins;* et ce n'est pas à elles de déterminer les conditions de l'authenticité ni d'investir certains fonctionnaires de la mission de recevoir des actes authentiques; il ne leur appartient pas non plus de décider si, outre la signature, il faut d'autres conditions pour la validité des actes sous seing privé. Il en est de même de la force probante des actes, laquelle ne peut être déterminée que par la loi. Certaines preuves ne peuvent émaner que du législateur; il ne saurait y avoir de

présomption légale sans loi. Mais une fois qu'un système de preuves est établi par la loi, les parties intéressées peuvent s'en prévaloir, et de cette manière les preuves entrent dans le domaine de l'intérêt privé. Ceci est un point essentiel, car la nature de la loi qui régit les preuves en dépend.

23. Il s'agit de savoir s'il faut appliquer à la preuve des conventions et de tout fait juridique dans lequel la volonté intervient, la loi du lieu où le fait se passe, ou si la preuve doit se faire d'après la loi du lieu où le procès se poursuit. L'opinion générale et presque unanime est que la preuve est régie par la loi du lieu où la convention se forme. Je crois que cette opinion est fondée en raison et en équité.

Rocco établit le principe, avec l'évidence qu'il met dans ses démonstrations, quand le droit traditionnel ne l'enchaîne pas (1). C'est au moment où les parties traitent et là où elles traitent, qu'elles doivent savoir comment elles prouveront leurs conventions, ou le fait juridique qu'elles ont intérêt à constater. Faut-il qu'elles pressent un écrit? quel doit être le caractère de cet écrit? est-ce un acte authentique ou un acte sous seing privé? Dans quelles formes sera reçu l'écrit qu'elles sont intéressées à rédiger ou à faire recevoir par un officier public? Qui est cet officier, et dans quelles formes instrumentera-t-il? Les parties ont-elles une manière plus simple de constater leurs droits et leurs obligations en les arrêtant devant témoins, sans écrit aucun? Les faits juridiques s'établissent-ils par des présomptions? Enfin, les parties peuvent-elles se dispenser de toute preuve, en se fiant à la faculté que la loi leur accorde de déférer le serment décisoire qui met fin aux procès?

Tels sont les points sur lesquels les parties intéressées doivent avoir une certitude complète, au moment et au lieu où elles traitent. Quelle est la loi qui leur donnera cette assurance? On peut hésiter d'abord entre la loi du lieu où les parties traitent et la loi du for compétent où le

(1) Rocco, *Delle leggi delle due Sicilie*, p. 365 et suiv.

procès s'instruit. L'opinion générale s'est prononcée pour la première. Le temps et le lieu où le procès se poursuivra est inconnu au moment où le fait juridique se passe : la compétence peut changer ; le lieu aussi peut changer, et il n'appartient pas toujours aux parties de déterminer la compétence par une élection de domicile. Puis la nature des preuves varie d'après les diverses législations : là où elles traitent, les parties sont forcées de se soumettre à la loi du lieu où l'écrit est dressé, pour ce qui concerne les formes instrumentaires : les officiers publics n'ont pas le droit d'instrumenter dans les formes prescrites par une loi étrangère, et les praticiens, tels que les agents d'affaires, n'en connaissent point d'autres. Traitent-elles verbalement et en présence de témoins, il faut qu'elles sachent combien de témoins doivent assister à la convention, quelles qualités ils doivent posséder. Pour les présomptions légales, il n'y a que la *loi du lieu* qui puisse les établir, et s'il y a une présomption légale, la partie intéressée a le droit d'y compter, et d'être dispensée de toute autre preuve. Si plus tard un procès s'élève, appliquera-t-on la loi du for compétent? Ce serait altérer, anéantir même les droits des parties. Elles n'ont pas dressé d'écrit, et elles ne pouvaient pas songer à en dresser, parce que la loi du lieu où s'est passé le fait juridique consacrait le principe que *témoins passent lettres*; tandis que la loi du for compétent dispose, au contraire, que *lettres passent témoins*. Voilà la preuve sur laquelle elles comptaient, qui leur fait défaut, et elles n'en ont pas d'autres. Elles invoquent la présomption légale établie par la *loi du lieu*; on leur répond que la *loi du for* ne connaît pas cette présomption. A défaut de preuve, le droit périra. Il n'y a qu'un moyen de le sauvegarder, c'est que le juge compétent applique la loi sous l'empire de laquelle le fait juridique s'est accompli, la loi en vue de laquelle les parties ont agi, la loi sans laquelle elles n'auraient pas traité, ou se seraient procuré une autre preuve.

21. On dira qu'en écartant la loi du for compétent, il y a encore une autre loi que celle du lieu où le fait juridique s'est accompli, la loi nationale des parties, si elles

ont la même nationalité. Il y a, en apparence, analogie entre les conventions et la loi qui régit les preuves, puisque les parties contractantes ont en vue cette loi, et s'y rapportent, en ce sens qu'elles se procurent une preuve littérale, quand la loi du lieu où elles traitent exige un écrit, pour prouver les faits juridiques, ou ne dressent aucun écrit, quand cette loi admet la preuve testimoniale d'une manière illimitée. Si elles ont cette loi en vue, c'est qu'elles sont censées la connaître; mais quand elles sont étrangères, et qu'elles ont la même nationalité, n'est-il pas plus naturel de présumer qu'elles ont en vue leur loi personnelle, qu'elles connaissent certainement mieux que la loi d'un pays étranger, où elles contractent peut-être par hasard? Cette considération n'est pas sans force : s'il s'agissait d'établir des présomptions légales, le législateur étant libre de se guider d'après les probabilités, je crois qu'il se déciderait pour la loi personnelle des parties plutôt que pour celle du lieu où elles traitent. Mais les lois ne prévoient pas les difficultés que j'examine, il n'y a pas de présomptions légales; il ne s'agit pas de faire la loi, mais de constater la règle qui est généralement admise, et sur ce point il n'y a pas de doute, comme je le dirai plus loin.

On peut encore invoquer une autre raison en faveur de la loi du lieu où le contrat se passe. D'ordinaire les parties dressent acte de leurs conventions, et quelles formes devront-elles observer? Celles du lieu où l'acte est rédigé : c'est l'application d'une maxime qui est admise partout, *Locus regit actum*. Puisque les parties sont obligées de recourir à la loi du lieu où elles traitent, on peut présumer qu'elles la connaissent. De plus, les formes prescrites par leur loi personnelle seraient souvent impraticables là où elles contractent; ce qui doit éloigner leur attention d'une loi qu'elles ne pourraient pas observer. On arrive ainsi à la conclusion que si, en théorie, le législateur doit tenir compte de la loi personnelle des parties, en fait, la doctrine générale est plus pratique. On peut ajouter à l'appui de cette opinion que la loi des preuves ne dépend en rien de l'autonomie, ni de la volonté des parties intéressées; or, la loi nationale que l'on suit

en matière de contrats implique que les parties ont entendu s'y soumettre; le législateur qui la consacre ne faisant que présumer leur volonté. Cette considération vient à tomber quand il s'agit de preuves qui ne dépendent en rien de la volonté des parties. Cela me paraît décisif en faveur de la loi du lieu où le contrat se passe.

25. Ces considérations expliquent et justifient l'opinion généralement suivie; elle est admise par les jurisconsultes des divers pays, et forme ainsi une règle du droit des gens (1). Peut-être l'adage *Locus regit actum* a-t-il contribué à répandre, par voie de conséquence, le principe qui s'attache au lieu du contrat pour déterminer la loi qui régit les preuves. Ce sont cependant deux ordres d'idées différents. En théorie, la loi personnelle peut déterminer les preuves que les parties doivent se procurer pour établir leurs conventions : est-ce un écrit, il leur faudra dresser cet écrit d'après la loi du pays où elles traitent et où elles sont dans la nécessité de rédiger leurs conventions. L'adage des formes ne décide donc pas la question des preuves. Mais cet adage a reçu une extension qui dépasse de beaucoup les nécessités à raison desquelles il a été établi; on a étendu aux conventions et, par suite aux preuves, une maxime qui n'avait été admise que pour régler les formes dans lesquelles les écrits devaient être reçus. Ainsi s'expliquerait l'opinion générale qui s'est formée sur la loi des preuves. Toutefois il y a un dissentiment. Je dois le noter, parce que des jurisconsultes éminents ont été entraînés à s'écarter de la doctrine commune : preuve nouvelle de l'incertitude qui règne encore dans notre science sur les matières les plus élémentaires et les plus usuelles.

Paul Voet a écrit une monographie sur le conflit des statuts; cet opuscule jouit d'une grande autorité, surtout chez les légistes anglo-américains. Cela s'explique; le jurisconsulte hollandais donne tout à la réalité; et dans la *common-law* règne toujours la vieille maxime que toute

(1) Rocco, *Delle leggi delle due Sicilie*, p. 364, suiv. Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 244. Comparez Massé, *Droit commercial*, t. II, p. 33, n° 757 et les auteurs qu'il cite.

coutume est réelle. Quand il s'agit de preuves, dit P. Voet, on suit la loi du for compétent. Le légiste hollandais applique ce principe aux témoignages ; le juge les recevra, et il entendra les témoins dans les formes prescrites par la loi territoriale d'après laquelle il doit juger (1). N'y a-t-il pas ici une confusion d'idées? P. Voet met sur la même ligne et décide d'après le même principe la question de savoir si la preuve testimoniale est admissible, et dans quelles formes doivent se faire les enquêtes. Les formes appartiennent à la procédure, cela est d'évidence, et, partant, dépendent de la loi du for. Mais en est-il de même de la loi des preuves? Voet ne cède-t-il pas à une opinion systématique qui lui fait tout rapporter à la loi territoriale? Il écarte toute loi étrangère, celle qui régit le lieu où le fait juridique s'est passé, aussi bien que la loi personnelle des parties, pour s'en tenir à la loi du for. Ce qui prouve que c'est un système général, c'est qu'il ne motive pas même son dissentiment; il confond l'*ordinatoire* et le *décisoire*, que tous les auteurs distinguaient. Cette confusion ôte toute autorité à l'avis de Voet. Il a cependant entraîné un jurisconsulte allemand, que j'ai eu souvent l'occasion de citer, Schäffner, un excellent esprit. Je comprends que l'on hésite entre les lois diverses, la loi personnelle, la loi du lieu du contrat et la loi du for ; les raisons que je viens de développer montrent qu'il y a des doutes sérieux, que moi-même je partage; mais je voudrais au moins que les jurisconsultes qui s'écartent de l'opinion commune motivassent leur dissentiment ; Schäffner se borne à affirmer, en citant pour toute autorité Paul Voet (2), et le statutaire hollandais ne motive pas non plus son opinion, de sorte que l'on est en présence de deux affirmations : il faut deviner les motifs que les auteurs auraient dû exposer eux-mêmes. Je reviendrai plus loin sur l'opinion de Schäffner en traitant de la preuve testimoniale; c'est sur cette preuve que s'élèvent des doutes sérieux et des questions controversées. Mitter-

(1) P. Voet, *De statutis eorumque concursu*, p. 287, nos 9 et 10.
(2) Schäffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 205, no 157.

maier s'est écarté, sur ce point, de l'opinion générale, mais en donnant du moins de bonnes raisons de son dissentiment. Pour le moment je remarquerai seulement que la doctrine qui s'en tient à la loi du for compétent a un avantage pratique qui est incontestable, et qui a dû séduire les réalistes : elle met fin à toute incertitude; le juge applique la loi qu'il connaît, qu'il est habitué à respecter comme l'expression de la vérité. Les preuves, après tout, n'ont qu'un but, c'est d'éclairer le juge : pourquoi ne lui permettrait-on pas de s'éclairer, en suivant les inspirations de sa conscience? Il est convaincu que la preuve littérale offre plus de certitude que les témoignages; pourquoi veut-on qu'il décide le litige d'après une preuve dans laquelle il n'a aucune confiance, et dont sa propre loi lui dit de se défier? On voit que plus on pénètre dans les difficultés de la matière des preuves, et plus on trouve des raisons de douter.

Il y a une autre considération en faveur du système qui s'en tient à la loi du for. Les preuves sont imposées au juge par le législateur, et s'il se détermine pour cette preuve plutôt que pour telle autre, n'est-ce point par des motifs d'ordre public? Cela est vrai surtout de la preuve testimoniale, sur laquelle roule ordinairement le débat. Ecoutons les auteurs du Répertoire de jurisprudence auquel Merlin a attaché son nom : « Chaque pays a ses lois pour les formes probantes des actes, et ces lois sont toutes fondées sur des motifs différents. Ici la preuve testimoniale est admise indistinctement, parce que le législateur a présumé beaucoup de la sincérité de ses sujets; là elle est restreinte dans certaines bornes, parce que l'expérience a prouvé que ses habitants s'écartent souvent de la vérité. Dans un autre pays, elle est presque réduite à rien, parce qu'on s'est aperçu que la bonne foi y était encore plus rare. » Eh bien, je suppose que dans le pays où le procès est intenté, le législateur ait témoigné cette défiance de la preuve testimoniale : s'il réduit cette preuve presque à rien, c'est pour prévenir le crime de faux témoignage. Voilà, certes, une raison d'ordre public, et, partant, la loi qui prohibe la preuve par témoins sera une loi d'in-

térêt social ; ne doit-elle pas l'emporter sur les lois étrangères, par application d'un principe général de notre science ? Toute loi étrangère est sans valeur aucune quand elle est en opposition avec une loi territoriale qui intéresse les bonnes mœurs et l'ordre public. Je crois que cette défiance extrême des témoignages que l'on trouve chez les anciens auteurs est exagérée. On peut d'ailleu rs répondre que si l'on reçoit la preuve testimoniale en France, je le suppose, où les témoignages sont vus avec défiance, dans une affaire qui s'est passée en Angleterre, où l'on accorde une foi plus grande aux témoins, le juge entendra, dans l'enquête, des Anglais, dans la probité desquels le législateur national a toute confiance, et de quel droit le juge français les repousserait-il en leur disant qu'ils sont suspects ?

Cependant il y a des cas où, à raison même de la nature du litige, le législateur écarte toute espèce de preuve, en refusant l'action en justice, précisément parce que la preuve du fait lui paraît impossible ou dangereuse. Telle est la recherche de la paternité que le code Napoléon prohibe, et la recherche de la maternité que le législateur n'admet que lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. Le juge pourra-t-il permettre à un étranger, dont la loi personnelle admet la recherche de la paternité, de la porter devant un tribunal français ? La question est remplie de difficultés et de doutes. Je l'ai examinée dans le cours de ces Etudes. Une chose est certaine, c'est que le juge peut et doit refuser de recevoir une preuve que la loi territoriale repousse, au nom de l'ordre public, quand il est constant que la conservation de l'ordre social est engagée dans le débat.

§ II. — *De la preuve littérale.*

N° 1. DE L'ACTE AUTHENTIQUE.

26. Le code Napoléon (art. 1317) définit l'acte authentique en ces termes : « C'est celui qui est reçu par

des officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises. » En droit français, il est de l'essence de l'acte authentique qu'il soit reçu par un officier public. On sait que les notaires ont été institués pour recevoir les actes auxquels les parties veulent ou doivent donner le caractère d'authenticité. Cette règle s'applique-t-elle aux actes reçus à l'étranger? Non, les conditions requises pour l'authenticité varient d'un pays à l'autre; c'est précisément parce que l'uniformité en cette matière est impossible, que l'on a dû admettre comme règle que la validité des actes authentiques dépend de la loi du lieu où ils sont passés : telle est la signification usuelle de l'adage *Locus regit actum*. La loi hypothécaire belge contient une application de la règle, et elle a d'autant plus d'importance qu'il s'agit d'un contrat solennel. Un acte reçu à l'étranger peut constituer une hypothèque sur des biens situés en Belgique; mais l'acte doit être reçu dans la forme authentique, parce que l'hypothèque n'existe que si elle a été consentie par un acte authentique. Quelles formes les parties devront-elles observer? Celles qui sont exigées pour l'authenticité dans les pays où l'acte est reçu (art. 77). Le même principe est applicable aux contrats non solennels. Dans ces contrats, l'écrit ne sert que de preuve, et les formes de l'écrit dépendent de la loi du lieu où il est dressé. Le principe est général, on l'applique même à des faits juridiques qui ne sont pas des écrits. Tel est le mariage, qui est le fondement de l'ordre social. J'en ai cité un exemple mémorable dans le cours de ces Etudes. Les mariages et les naissances doivent être constatés, d'après la législation française qui est aussi la nôtre, par acte authentique, et en principe aucune autre preuve n'est admise pour les mariages célébrés en France et pour les naissances. Aux Etats-Unis, on se contente de la possession d'état. Il a été jugé que cette preuve est suffisante pour établir le mariage que des Français contractent en Amérique, et pour prouver la filiation des enfants qui y naissent : une simple inscription sur une Bible a une force probante égale à celle d'un acte de l'état civil en

France. Je citerai une autre décision de la cour de cassation de France, dans une affaire également célèbre. Le général de Faultrier fit la campagne d'Egypte à la suite du général Bonaparte; à son retour, il ramena avec lui une Géorgienne, Marie David, dite Nephis. Il la présenta à son père, à sa mère, à sa famille, comme son épouse, et elle fut reçue et traitée comme telle tant que le général vécut. Mais le général ayant été tué à Nordlingen, le 7 novembre 1805, tout changea; la famille de Faultrier repoussa Marie David de son sein et lui contesta ses droits et son titre d'épouse, voulant la faire passer pour une esclave achetée, et devenue la concubine du général. Marie David s'adressa à la justice, et exposa que son mariage avait été célébré à Gizeh, à une lieue du Caire, dans une chapelle, par un prélat nommé Audris; que le commandant de Gizeh, un colonel et un capitaine, avaient été témoins. L'acte de célébration, signé du général, des témoins, de l'évêque et sous-marqué par Marie David, fut remis au général; la veuve soutenait que cet acte devait se trouver parmi les papiers du général retenus par sa famille. Celle-ci invoquait le principe écrit dans le code Napoléon (art. 194) aux termes duquel nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil; la possession d'état, ajoute l'article 195, ne peut dispenser les prétendus époux de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil. Marie David répondait que l'acte de mariage n'avait pu être inscrit sur des registres publics, parce qu'en Egypte l'usage n'était pas d'en tenir; elle offrait, du reste, de faire preuve tant de ce fait que des autres circonstances par elle alléguées. Cette défense fut admise par la cour de Metz, et, sur pourvoi, par la cour de cassation. Il a été jugé d'abord par un arrêt interlocutoire, puis par un arrêt définitif, que la preuve d'un mariage célébré à l'étranger peut se faire d'après les lois et usages du pays où il a été contracté. Merlin fait des réserves; le mariage, dans l'espèce, avait eu lieu avant la publication du code civil; Merlin voudrait limiter la décision à ce

cas (1). C'est ne pas tenir compte de l'impossibilité où sont les Français d'observer les formes prescrites par le code Napoléon, dans un pays où il n'y a pas d'officiers de l'état civil, ni de registres publics. La jurisprudence récente de la cour de cassation, que j'ai rapportée dans mon Etude sur le mariage, ne laisse aucun doute sur ce point.

27. Celui qui produit en France un acte authentique reçu à l'étranger, doit en prouver l'authenticité. Les actes notariés passés en France font preuve par eux-mêmes, parce qu'ils portent la signature d'un officier public français, sauf à contester la validité de l'acte; mais rien ne prouve que l'acte étranger soit dressé par l'officier public dont il porte le nom. Il faut d'abord que la signature soit légalisée conformément aux usages diplomatiques. Puis le porteur de l'acte doit établir que l'écrit a été rédigé d'après les lois en vigueur dans le lieu d'où il est daté. Pour faciliter cette preuve, la loi hypothécaire belge dispose que l'acte établissant une hypothèque sur des biens situés en Belgique soit visé par le président du tribunal de la situation des biens. Ce magistrat, dit l'article 77, est chargé de vérifier si les actes réunissent les conditions nécessaires pour leur authenticité dans le pays où ils ont été reçus. Si le président refuse le visa, il peut être interjeté appel. L'acte n'a d'effet en Belgique, c'est-à-dire qu'il n'est considéré comme acte authentique que lorsqu'il a été revêtu du visa. Cette disposition est spéciale aux actes d'hypothèque. J'ai proposé, dans l'avant-projet de révision du code civil, de la généraliser; elle préviendrait des contestations presque inévitables sur la validité des actes reçus en pays étranger. Quoi qu'il en soit, la loi hypothécaire consacre le principe que je viens d'établir. Un acte authentique dressé à l'étranger n'a par lui-même aucun *effet* en Belgique. C'est dire qu'il n'existe pas aux yeux de la loi (comparez l'article 1131 du code Nap.); pour qu'il ait effet, et, par conséquent, une existence légale, il faut que la

(1) Rejet, 9 juin 1809 (Sirey, 1809, 1, 7°). Comparez Rejet, 7 septembre 1809 (*ibid.*, p. 105). Merlin, *Questions de droit*, v° *Mariage*, § 7, et *Répertoire*, v° *Mariage*, sect. VIII, § 2.

partie intéressée le soumette au visa du président, ce qui implique qu'elle doit prouver que l'acte est authentique d'après la loi du lieu où il a été reçu, et qu'il est valable comme tel ; à défaut de visa, l'acte n'aura d'effet que si la preuve de l'authenticité est faite en justice.

28. L'acte authentique fait foi, en droit français, de tout ce que l'officier public constate, comme l'ayant vu et entendu, pourvu qu'il ait eu mission de le constater ; et cette foi ne peut être attaquée que par l'inscription en faux. Si l'on conteste seulement la vérité des faits mentionnés par l'officier public, l'inscription en faux n'est pas nécessaire ; la preuve contraire pourra se faire d'après le droit commun. On demande si telle est aussi la force probante des actes authentiques reçus en pays étranger ? Il faut appliquer à la force probante des actes authentiques la loi qui régit les formes constitutives de l'authenticité, c'est-à-dire la loi du lieu où il est passé ; quand il est conforme à ces lois, il est authentique, c'est dire qu'il fera foi partout, comme il fait foi d'après la loi locale ; mais il ne peut pas avoir une foi plus grande, de même qu'il ne peut avoir une foi moindre.

Fœlix dit que, dans le royaume de Saxe, les actes notariés, signés par les parties, sont assimilés aux actes sous seing privé ; ce n'est que par la confirmation judiciaire qu'ils deviennent authentiques (1). De là suit qu'un acte notarié, reçu en Saxe, ne ferait pas foi en France avant qu'il eût été confirmé en justice. Par contre, l'acte notarié dressé en France ferait à l'étranger la même foi qu'il a en France, sinon ce ne serait pas un acte authentique ; on ne pourrait donc pas exiger qu'il fût confirmé en justice ; ce serait appliquer à un acte reçu en France et régi par la loi française, une loi allemande, ce qui est contraire au principe qui régit la preuve.

En Bavière, les actes notariés ne font foi que jusqu'à preuve contraire ; ils ne feraient donc pas foi en France jusqu'à inscription de faux ; authentiques en vertu de la loi bavaroise, ils ne peuvent avoir plus de foi que cette loi

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 442.

ne leur en accorde. Les actes notariés, au contraire, qui seraient reçus en France feraient foi en Bavière jusqu'à inscription de faux, en vertu du même principe.

Le code Napoléon dispose qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes (art. 1341), ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes; le code de Prusse, au contraire, autorise la preuve testimoniale contre le contenu des actes même authentiques (1). Il suit de là que les actes authentiques reçus en France ne peuvent pas être combattus en Prusse par la preuve testimoniale; tandis que si un acte authentique dressé en Prusse était produit devant un tribunal français, la partie adverse serait admise à prouver par témoins contre cet acte.

29. D'après le code français, la preuve littérale est la preuve par excellence; il n'admet la preuve testimoniale que par exception, et, en cas de conflit, il donne la préférence aux titres : *lettres passent témoins*. Jadis, on disait au contraire que *témoins passent lettres*. Les plus anciens codes ont conservé des traces de cette préférence. Je transcris, d'après Fœlix, les dispositions du code de procédure civile de Bavière (1753). Il commence par placer sur la même ligne les témoignages et les écrits, puis il règle le conflit des deux preuves : « En cas de contradiction entre les titres et les dépositions des témoins, les premiers l'emporteront : 1° lorsqu'il s'agit de faits passés il y a quarante ans et plus, ou 2° qui échappent facilement à la mémoire; 3° lorsque la loi ou la coutume exige une preuve par écrit; 4° si la cause de l'obligation a été reconnue par un écrit émané du débiteur. Hors ces quatre cas, les témoins ayant l'aptitude légale, et dont les dépositions ne se trouvent pas réfutées par celles d'autres témoins, font plus de foi que les titres (2). » C'est la doctrine du vieux droit, sauf quelques exceptions en faveur des titres; la règle reste que les témoignages sont préférés à la preuve littérale. Faudra-t-il observer cette règle si un

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 440, n° 227, et p. 441, suiv., n° 228.
(2) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 449, n° 232.

écrit dressé en Bavière est invoqué devant un tribunal français? L'affirmative ne me paraît pas douteuse, si l'on admet le principe que la loi du lieu où le contrat est passé détermine la preuve; la règle s'applique, en effet, non seulement à l'admissibilité de telle ou telle preuve, mais aussi à la force probante qui en résulte; c'est cette force probante qui fait l'essence de la preuve. On pourrait objecter que les règles sur la foi due aux témoignages et aux écrits étant tracées par le code de procédure de Bavière, il en faut conclure que le législateur considère ces règles comme appartenant à l'*ordinatoire*, c'est-à-dire à la procédure, et celle-ci est réglée par la loi du for compétent, donc, dans l'espèce, par la loi française, qui établit un principe tout contraire. Ce serait mal raisonner, me semble-t-il. La classification n'est pas une loi, et celle du code bavarois est décidément mauvaise; il ne dépend pas du législateur de transformer en règle *ordinatoire* une règle qui concerne le *décisoire*; or, la règle qui donne la préférence aux témoignages sur les actes décide le procès, puisque les écrits qui constatent les droits de l'une des parties sont écartés, et le juge décide le procès au profit de l'autre partie qui invoque la preuve testimoniale; donc il ne s'agit pas de procédure, il s'agit de l'étendue de la preuve, que chacune des parties administre. Le code français a rétabli les vrais principes en établissant dans le code civil les règles qui gouvernent la matière.

Par contre, si un acte passé en France était produit devant un tribunal de Bavière, le juge ne pourrait pas admettre la preuve par témoins contre l'acte, en vertu du code bavarois; car l'acte étant reçu en France, c'est la loi française qui en déterminera la force probante.

30. Il ne faut pas confondre la force exécutoire de l'acte avec la force probante; l'exécution forcée dépend du droit public, et, par conséquent, de la loi territoriale, tandis que la force probante est réglée par le droit privé, donc par la loi du lieu où l'acte est reçu. La différence est importante. En droit français, il est de principe que les actes reçus en pays étranger n'ont pas d'exécution en

France tant qu'ils n'ont pas été rendus exécutoires par un tribunal français; le principe découle de l'essence même de l'exécution forcée; elle se fait par des officiers publics au nom du chef du pouvoir exécutif, qui seul a le droit de commander aux agents de la force publique de prêter la main à l'exécution forcée d'un acte par la voie de la saisie et de l'expropriation. C'est un acte de souveraineté, or, un souverain étranger ne peut faire aucun acte de puissance souveraine hors de son territoire; ce serait usurper la souveraineté dans le pays où il voudrait agir. Mais le principe qui régit la force exécutoire n'a rien de commun avec la force probante des actes. Dumoulin a établi cette distinction capitale avec sa précision habituelle. « L'acte est-il exécutoire, et comment doit se faire l'exécution? Il faut suivre, quant à la force exécutoire de l'acte, la loi du lieu où on veut l'exécuter. La raison en est que l'exécution forcée regarde la procédure, et la procédure est réglée par la loi du for. » Il en est tout autrement de la preuve qui se fait en justice, sans aucun emploi de la force publique. Dire qu'un acte étranger n'a pas d'exécution, ce n'est donc pas dire qu'il n'a point de force probante; il tient sa force probante de l'intervention de l'officier public qui l'a reçu, ou des autres formes prescrites par la loi du lieu où il est dressé : dès que l'acte est rédigé dans ces formes, il est valable partout, partant, il fait foi partout. Autre chose est l'exécution forcée; celle-ci exige l'intervention de l'autorité publique, donc de la puissance souveraine, laquelle est limitée au territoire où elle exerce la souveraineté.

On pourrait croire que l'acte authentique étant reçu régulièrement par un officier public institué par la loi pour donner l'authenticité aux écrits qu'il dresse, les actes qu'il reçoit ont force probante en vertu de la volonté du souverain qui lui donne mission d'imprimer le caractère d'authenticité aux actes; or, cette mission est limitée au territoire ; partant, il en doit être de même de la force

(1) Dumoulin, sur le code *De summa Trinitate*, livre VI, titre XXXII. Le passage est rapporté par Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. I[er], p. 523 et suiv.

probante. En droit privé, on pourrait raisonner ainsi: mais le droit des gens y a dérogé pour faciliter et rendre possibles les relations internationales entre particuliers. C'est la remarque de Merlin : « Quand il s'agit de savoir si un acte passé devant les notaires d'un pays fait foi de son contenu dans un autre, on ne doit pas seulement s'attacher au principe que le caractère public de ces officiers est limité au territoire de la souveraineté qui les a établis; il faut encore combiner ce principe avec la grande règle du droit des gens, que la force probante d'un acte ne dépend que de la loi du lieu où il est passé. Or, que résulte-t-il de la combinaison de l'un avec l'autre? Deux conséquences qui se marient très bien ensemble : la première que l'acte passé en pays étranger n'a point en France le caractère d'acte public (en ce sens qu'il n'y a pas d'exécution forcée) : la seconde qu'il y fait foi de son contenu, ni plus ni moins que s'il avait été passé en France même et devant des notaires français (1). » Cette dernière proposition est trop absolue, elle suppose que l'acte authentique fait partout la même foi, ce qui n'est pas exact, comme nous venons de le voir : ici il peut être combattu par la preuve testimoniale, et ailleurs il l'emporte sur les témoignages. Le vrai principe est donc que l'acte authentique fait dans un pays a dans les autres pays la même force probante qu'il a dans le pays où il est reçu.

La conséquence est évidente, et elle est universellement admise. Pour être exécutés en France, les actes reçus en pays étrangers doivent être déclarés exécutoires par un tribunal français (C. de proc., art. 546); mais ils font foi devant les tribunaux, sans cette déclaration, pourvu que la signature de l'officier public soit légalisée et que les formalités prescrites par la loi étrangère aient été observées (2).

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot, *Authentique* (*Acte*), § 2.
(2) Massé, *Droit commercial*, t. II, p. 37-39, n° 765 (2e édit.). Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 435 et suiv. (4e édit.).

N° 2. DES ACTES SOUS SEING PRIVÉ.

31. Les actes sous seing privé forment aussi une preuve littérale; toutefois ils diffèrent grandement des actes authentiques, d'abord quant aux formes prescrites pour leur validité, ensuite quant à la force probante qui en résulte. Le code Napoléon ne prescrit aucune forme pour la validité des actes sous seing privé en général; la seule que l'on puisse exiger, c'est la signature, qui atteste que l'acte est fait par celui qui y figure, ou qu'il se l'est approprié dans le cas où il aurait été écrit par une autre personne. Il est vrai que la loi ne le dit pas, mais cela résulte de l'essence même de l'acte qui est dressé pour constater un fait juridique; il n'y a pas d'acte sans signature, le mot même d'acte sous *seing privé* le dit, car le *seing privé* est la signature des parties qui rédigent ou font rédiger l'acte. L'article 1318 du code civil confirme l'enseignement de la doctrine; quand un acte est nul comme authentique, il peut valoir comme acte sous seing privé, s'il est *signé* des *parties;* la signature est donc de l'essence de tout acte. Il est vrai qu'il y a des écritures non signées qui ont une certaine force probante; ce ne sont pas des actes, la loi ne leur accorde qu'une foi limitée, dans les cas et sous les conditions qu'elle établit. Ces détails sont étrangers à l'objet de cette Etude.

La règle que les actes sous seing privé sont valables par la seule signature des parties reçoit des exceptions.

Quand un acte sous seing privé constate une convention synallagmatique, il n'est valable que s'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. De plus, chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits. Si ces formes n'ont pas été observées, l'acte est nul, c'est-à-dire qu'il n'y aura pas de preuve littérale du contrat; mais de là ne suit pas que la convention aussi soit nulle; l'écrit, dans les contrats non solennels, ne sert que de preuve; il n'est pas prescrit pour la validité ni pour l'existence du fait juridique que l'acte constate. La convention sera valable si elle réunit les conditions requises pour sa validité,

mais la preuve littérale faisant défaut, et la preuve testimoniale n'étant admise que par exception, il sera plus difficile de prouver le contrat.

Les contrats unilatéraux restent, en général, sous l'empire du droit commun, en ce qui concerne la preuve littérale; les actes qui les constatent ne sont soumis à aucune formalité, sauf la signature. Il y a exception pour les billets qui constatent la promesse de payer une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles, telles que des denrées; ces billets doivent être écrits en entier de la main de ceux qui les souscrivent; s'ils sont écrits d'une autre main, il faut que le signataire écrive de sa main un *bon* ou un *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose. Si le billet ne contient pas le *bon* ou l'*approuvé*, il est nul, ce qui veut dire qu'il n'y aura pas de preuve littérale de la promesse, comme je viens de le dire des actes constatant les conventions bilatérales?

Quels sont les motifs pour lesquels le code français ne se contente pas de la signature pour la validité des billets et des actes qui constatent des conventions bilatérales? Pour ces dernières, le législateur a voulu que chacune des parties obligées eût une preuve littérale des obligations contractées par l'autre; et quant aux billets, le code Napoléon a pour but d'empêcher l'abus que l'on pouvait faire et que l'on faisait jadis des blancs seings. Quant aux détails, je renvoie à mes *Principes de droit civil* (t. XIX).

Il y a encore un écrit sous seing privé qui est soumis à des formalités spéciales, c'est l'acte confirmatif. Aux termes de l'article 1338, « l'acte de confirmation d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision n'est valable que si l'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée ». Si ces formes n'ont pas été observées, l'acte confirmatif est nul, c'est-à-dire qu'il n'y aura pas de preuve littérale de la confirmation ; ce qui n'empêchera pas la confirmation d'être valable, si les conditions requises pour sa validité ont été remplies.

32. On applique aux formes des actes sous seing privé le principe qui régit les actes authentiques. La question de savoir si la maxime *Locus regit actum* est applicable aux actes sous seing privé est controversée ; l'opinion générale est pour l'affirmative. Je renvoie à l'Etude que j'ai consacrée à cette matière (t. II). L'acte sous seing privé dressé en France doit être reçu dans les formes prescrites par le code français, quand même il serait signé par un étranger; valable ou nul d'après la loi française, il sera valable ou nul partout ailleurs. La conséquence est très grave (1). Si un billet souscrit en France par un étranger, pour une dette d'argent, ne porte pas le bon ou l'approuvé, il sera nul; le créancier ne pourra pas l'invoquer contre son débiteur comme preuve littérale, et à défaut de cette preuve, il peut se trouver dans l'impossibilité de prouver sa créance; sauf en déférant le serment à la partie adverse, ce qui est une preuve très dangereuse quand le défendeur commence par nier la dette. De là la question de savoir si des étrangers pourraient faire en France un acte sous seing privé, d'après les formes de leur loi nationale, formes qui, généralement, sont plus simples que celles du droit français. J'ai examiné la difficulté ailleurs (t. II, n°s 247-249). En théorie, l'affirmative n'est pas douteuse. Il ne faut pas que l'adage *Locus regit actum*, introduit pour faciliter les relations internationales et pour sauvegarder les intérêts des parties contractantes, tourne au désavantage des étrangers. Les formalités minutieuses sont un mal; à force de vouloir garantir les intérêts des parties, elles les compromettent.

Mais les tribunaux étrangers ne pourraient pas considérer comme valable un billet souscrit par un Français en France, au profit d'un créancier français, si le billet ne portait pas un *bon* ou un *approuvé;* la loi française et le droit civil international s'y opposeraient. Les Français sont soumis aux lois de leur pays; un billet sans *bon* ou *approuvé* serait nul; or, s'il est nul en France, il doit être nul partout. Le juge anglais ne pourrait pas décider qu'un

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 447.

billet portant la simple signature du débiteur, étant valable d'après la loi anglaise, il y a preuve suffisante de la promesse, car le juge étranger doit juger comme aurait fait le tribunal français, s'il avait eu à connaître du litige. Par contre, si un billet souscrit en Angleterre, par un Anglais ou un étranger, était produit en France, le juge devrait l'accepter comme preuve littérale de la promesse, quoiqu'il ne portât pas le *bon* exigé par la loi française; l'écrit est valable et probant en France, par cela seul qu'il est valable et probant dans le pays où il a été dressé. Il y aurait exception, à mon avis, si les parties avaient agi en fraude de la loi française : je reviendrai sur cette question en traitant de la morale internationale dans les conventions. Ce que je dis du billet serait vrai aussi de l'acte constatant une convention bilatérale, si l'écrit n'avait pas été fait en double, ou s'il ne portait pas la mention des doubles. Il en serait de même de l'acte confirmatif qui n'aurait pas été fait dans les formes prescrites par l'article 1338.

33. La cour de Naples a jugé en ce sens dans une espèce où le créancier produisait un billet non revêtu du *bon*, et dressé dans un pays où la loi n'exige pas cette formalité pour la validité de l'écrit. L'arrêt dit très bien que les faits juridiques qui se passent hors du territoire italien sont soumis aux lois du pays où on les accomplit. De là suit que si les parties dressent un acte de leurs conventions, elles doivent se conformer aux lois du lieu où l'écrit est dressé. C'est l'application de l'antique maxime *Locus regit actum*, qui fait partie du droit des gens, et que le code d'Italie a consacrée dans le titre préliminaire (art. 9), et l'article 10 ajoute que les moyens de preuve des obligations sont déterminés par les lois du lieu où s'est rédigé l'acte. On objectait que l'adage traditionnel suppose que les actes sont authentiques ; la cour répond que la maxime et les lois qui l'admettent sont générales, et que le but étant de faciliter les relations internationales, et d'assurer les droits des parties intéressées, il n'y avait pas lieu d'y apporter des exceptions. On objectait encore la fraude qu'il fallait craindre, quand l'acte est passé hors du territoire. La réponse était facile et péremptoire ; la

fraude fait toujours exception, il suffit de la prouver pour faire tomber l'acte frauduleux (1).

34. Fœlix donne une autre application du principe. Les clauses qui excluent de la communauté formée entre époux tout ou partie du mobilier sont très fréquentes. On appelle clause d'apport celle par laquelle les époux stipulent qu'ils en mettront réciproquement dans la communauté jusqu'à concurrence d'une somme ou d'une valeur déterminée; ils sont, par cela seul, censés se réserver le surplus. L'article 1502 dit comment l'apport est prouvé; à l'égard de la femme, il est suffisamment justifié par la quittance que le mari lui donne, ou à ceux qui l'ont dotée. Le code prussien dispose, au contraire, que la quittance ne prouve pas l'apport à l'égard des créanciers du mari, sans doute parce que ce mode de preuve favoriserait la fraude; on peut, il est vrai, prouver la fraude, comme le dit la cour de Naples, mais il est plus facile de commettre la fraude que d'en faire la preuve. Si une femme française se marie avec un Prussien, et que le mari lui donne quittance de son apport, dans un acte sous seing privé passé en France et ayant date certaine, pourra-t-elle opposer cette quittance aux créanciers du mari en Prusse, lorsqu'elle demandera la restitution de son apport? L'affirmative est certaine, si l'on admet le principe. Vainement les créanciers du mari diraient-ils que la loi prussienne n'accorde aucune foi à la quittance contre les tiers; on leur répondrait que l'écrit ayant été dressé en France, il faut appliquer la loi française (2). Réciproquement si la quittance avait été donnée en Prusse, la femme ne pourrait pas l'opposer en France aux tiers créanciers, malgré la disposition de l'article 1502, cette disposition ne pouvant pas être appliquée aux écrits rédigés en pays étranger.

35. Quelle est la force probante des actes sous seing privé? En droit français, ils ne font pas foi par eux-mêmes, puisque rien ne prouve qu'ils aient été écrits et signés par la personne dont ils portent la signature. Le

(1) Arrêt du 30 mars 1867 (Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 249 et suiv.

(2) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 448, n° 231 (4e édit.).

signataire à qui on oppose l'écrit peut nier qu'il émane de lui; dans ce cas le porteur de l'acte doit procéder à la vérification d'écriture. C'est seulement quand l'écriture est reconnue ou vérifiée en justice que l'acte fait foi. Le code assimile, dans ce cas, l'écrit sous seing privé à l'acte authentique, et décide qu'il fait la même foi (art. 1322). Cela est trop absolu. L'acte authentique fait foi de ce que le notaire constate comme l'ayant accompli dans les limites de sa mission : telle est la date qu'il met à l'acte, elle fait foi entre les parties et à l'égard des tiers, jusqu'à inscription de faux. Il est certain que l'acte sous seing privé ne peut être, sous ce rapport, assimilé à l'acte authentique, les particuliers n'ayant aucune mission légale. Voilà pourquoi l'acte sous seing privé n'a pas de date certaine à l'égard des tiers (art. 1328); et entre les parties la date a la foi de toute déclaration qui émane des contractants, elle prouve jusqu'à inscription de faux le fait matériel que les parties ont mis à leur acte telle date; mais la vérité de la date n'est établie que jusqu'à preuve contraire (1).

Quelle est la loi qui régit la force probante des actes sous seing privé? Sous ce rapport, il y a analogie complète entre les actes sous seing privé et les actes authentiques : c'est la loi du lieu où l'acte a été dressé qui détermine sa force probante, partout où cet acte est invoqué. L'acte sous seing privé fait en France aura à l'étranger la foi que lui attribue le code civil. De même les actes rédigés en pays étranger auront en France la foi que leur accorde la loi du lieu où ils ont été passés; que cette foi soit plus grande ou moindre, peu importe : la foi ne se divise point.

36. Il y a une écriture sous seing privé qui joue un grand rôle entre commerçants, et qui est aussi souvent invoquée dans les procès civils, ce sont les livres de commerce. Le code Napoléon contient, à cet égard, les dispositions suivantes (art. 1329 et 1330) : « Les livres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XIX, p. 284, § II.

ce qui sera dit à l'égard du serment », c'est-à-dire que le juge peut déférer le serment supplétoire au commerçant dont les livres lui inspirent confiance. « Les livres des marchands font preuve contre eux; mais celui qui en veut tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention. »

Le code de commerce porte, article 12 : « Les livres de commerce régulièrement tenus peuvent être admis par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce. » La preuve et l'étendue de la force probante sont donc abandonnées à l'appréciation du tribunal. M. Massé dit que les livres de commerce obtiennent une foi plus ou moins grande, selon les diverses législations qui les régissent : ici l'on s'en rapporte à leurs énonciations, là on leur refuse toute créance (1). Mittermaier dit que dans tel pays ils font foi pleine, tandis que dans tel autre ils ne font que demi-preuve (2). De là la question de savoir quelle loi il faut suivre quand il y a conflit entre la législation du pays où les livres ont été tenus, et celle du lieu où ils sont invoqués comme preuve. Fœlix dit que le principe général qui régit la preuve littérale s'applique aussi aux livres de commerce, c'est-à-dire que l'on s'attache toujours à la loi du lieu où ces livres ont été tenus. Il mentionne cependant le dissentiment de quatre jurisconsultes allemands, parmi lesquels figurent Mittermaier et Schäffner.

Il y a une différence entre les livres de commerce et les actes sous seing privé. Un acte est un écrit dressé pour faire preuve du fait juridique qu'il constate, et il est fait en présence des parties contractantes, ou par elles; tandis que les livres de commerce ne sont pas des actes, ils ne portent pas de signature, la partie qui y figure comme créancier ou comme débiteur ne concourt pas aux écritures du marchand. Celui-ci tient ses livres pour se rendre compte à lui-même de ses affaires, et pour prouver, s'il y a lieu, en cas de faillite, la régularité de sa gestion. A

(1) Massé, *Droit commercial*, t. II, p. 40, n° 768.
(2) Mittermaier, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XIII, p. 316, n° 4.

première vue, on n'aperçoit pas le lien qui existe entre le *lieu* où se tiennent les livres et la preuve qu'ils font des faits juridiques qui y sont relatés. Savigny, qui admet aussi le principe établi par Fœlix, ajoute une explication qui modifie la règle, en ce sens qu'elle ne s'attache pas uniquement au lieu où le marchand tient ses registres. Il commence par exprimer un doute : la preuve due aux livres de commerce n'appartient-elle pas à la procédure? En droit français, on peut le soutenir. C'est le juge qui détermine, d'après les circonstances de la cause, la foi qui est due aux livres du marchand. Voilà une disposition toute singulière : tout dépendant du juge, n'en faut-il pas conclure que c'est la *loi du for* qui décide la question de la preuve? Toutefois Savigny se prononce pour la *loi du lieu*, par la raison que la force probante du livre qui relate un fait juridique est inséparable de ce fait, la convention qui intervient entre deux marchands étant formée avec cette clause tacite, qu'en cas de contestation, elle sera prouvée par leurs livres. Si les marchands appartiennent à la même nation, il n'y a pas de conflit; et si c'est un étranger, il est censé se soumettre à la loi du lieu où la convention se conclut; c'est-à-dire que, dans l'intention des contractants, les livres du marchand feront preuve d'après la loi du lieu où ils traitent (1). La preuve, d'après Savigny, dépendrait donc de la convention des parties. Cela est contraire au principe qui, en matière de preuves, écarte l'autonomie. On voit que les doutes ne manquent point dans une question que Fœlix décide comme s'il s'agissait d'un axiome.

M. Massé constate la grande diversité d'opinions qui règne dans une matière aussi usuelle, sur laquelle il devrait y avoir une règle fixe. Il y a d'abord les auteurs qui veulent, sans distinction, que l'on suive la loi du lieu où les livres sont tenus. D'autres proposent des distinctions relatives au taux du litige, et à la qualité des parties. Enfin il y en a qui adoptent comme règle la disposition du code de commerce français, en abandonnant la décision à l'ar-

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t VIII, p. 355.

bitrage du juge, qui décidera d'après les circonstances de la cause. M. Massé rejette tous ces systèmes ; il trouve les uns trop absolus, les autres vagues et incertains. Je crois, dit-il, qu'on doit suivre la loi du lieu où les livres ont été tenus, mais seulement dans le cas où cette loi concorde avec celle du lieu où le contrat s'est formé ; ce qui revient à peu près à l'opinion de Savigny, et au principe général qui gouverne les preuves. Les parties, étant marchandes, ont eu en vue la preuve ordinaire par laquelle s'établissent les conventions entre marchands, les livres de commerce ; et comme on suppose que l'affaire ne s'est pas traitée par correspondance, les parties auront été présentes au lieu où les registres ont été tenus, et s'en seront rapportées naturellement à la loi de ce lieu. C'est un raisonnement analogue à celui que l'on fait quand il s'agit d'actes proprement dits. M. Massé ajoute que si la loi du contrat concorde avec celle du lieu où l'on plaide, on ne doit plus avoir égard à la loi du lieu où les livres ont été tenus. En définitive, dans ce système, c'est la loi du contrat qui décide, parce qu'il s'agit d'un moyen de preuve qui tient au lieu et à la force du contrat, et qui, par conséquent, se rapporte au décisoire (1).

M. Massé ne mentionne pas le dissentiment de Mittermaier et de Schäffner, qui s'attachent à la loi du for, Schäffner sans donner de motif, et Mittermaier appliquant aux livres de commerce ce qu'il dit des témoignages : j'y vais revenir. Le juge, dit-il, forme sa conviction sur les livres que l'on produit devant lui ; il doit donc les apprécier d'après la loi qui régit le procès. Le motif aurait une grande portée si on l'admettait ; car on en peut dire autant de toute preuve, on aboutirait ainsi à confondre la preuve avec la procédure, ce qui renverserait la distinction traditionnelle de l'*ordinatoire* et du *décisoire* (2). Quelle sera notre conclusion ? Les livres de commerce étant assimilés aux actes sous seing privé, il faut s'en tenir, comme Fœlix le fait, au principe général de la loi du lieu où les écrits

(1) Massé, *Droit commercial*, t. II, p. 40 et suiv., n° 768 (2e édit.).
(2) Schäffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 206, § 157. Mittermaier, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XIII, p. 316.

sont dressés. Qu'il me soit permis de répéter le vœu que j'ai tant de fois formulé, en invoquant l'action de la diplomatie pour le règlement d'une question sur laquelle il ne serait pas très difficile de s'entendre. Elle pourrait s'aider de l'avis des marchands appartenant aux diverses nations; je préférerais leur opinion à celle des légistes, qui sont trop enclins à décider par principes abstraits et absolus.

§ III. — *De la preuve testimoniale.*

37. Le droit français diffère grandement, en ce qui regarde la foi due aux témoignages, du droit commun de l'Europe. Je commence par rappeler les principes établis par le code Napoléon. La preuve par témoins n'est admise que pour les faits juridiques dont la valeur ne dépasse pas cent cinquante francs; quand la chose excède cette somme, la loi veut qu'il soit passé acte devant notaires ou sous seing privé (art. 1341); c'est dire que la preuve testimoniale est une rare exception, tandis que la preuve littérale forme la règle presque universelle. La preuve testimoniale commença par être admise en France, comme partout, sans limite aucune. Il y a plus : nos ancêtres, dit Boiceau, faisaient plus de cas de la preuve par témoins que de celle par écrit, et quand elles étaient contraires, celle par témoins l'emportait; c'est en ce sens que l'on disait : *Témoins passent lettres* (1). Le code civil dit, au contraire : *Lettres passent témoins*. C'est l'ordonnance de Moulins de 1566 qui introduisit cette innovation. Le préambule parle des grands inconvénients qui résultaient de la preuve par témoins, sans dire quels étaient ces inconvénients. Les anciens auteurs sont unanimes à se plaindre de la mauvaise foi qui règne dans le monde : tant qu'il y avait de la bonne foi parmi les hommes, dit Danty dans ses remarques sur Boiceau, la preuve par témoins était la meilleure; mais le mensonge et la calomnie sont devenus si fréquents, que cette preuve ne trouve plus

(1) Boiceau, *Traité de la preuve par témoins*, avec les remarques de Danty (Paris, 1769, 4°), p. 49, n° 34.

la même créance. Boiceau cite le fameux vers d'Horace : « Y a-t-il quelque chose qui ne devienne pire avec le temps? Le siècle de nos aïeux n'était pas aussi corrompu que celui de nos pères, et nous qui sommes plus mauvais qu'eux nous laisserons des enfants pires que nous. » Pothier répète ce qu'avaient dit Boiceau et Danty, et Bigot-Préameneu, dans son Exposé des motifs, se fait l'organe de ces plaintes séculaires, je serais tenté de dire banales (1). Ceux qui les font ne réfléchissent pas qu'ils calomnient la nation française; elle est la première qui ait restreint l'usage de la preuve testimoniale; et le code français est le seul qui la rejette, en ne l'admettant qu'à titre d'exception. Partout ailleurs, la preuve par témoins est restée la règle : il en faudrait conclure que les Français sont le plus corrompu des peuples! Que l'on me permette de rétablir la réalité des choses, en citant ce que j'ai dit dans mes *Principes de droit civil :*

« Les plaintes sur la corruption croissante des mœurs sont-elles bien fondées? On les rencontre à chaque siècle. Témoins et victimes des mauvaises passions du temps où ils vivent, les hommes s'imaginent que jadis la bonne foi était plus grande; consultez les témoignages sur les temps passés, vous entendrez les mêmes plaintes. C'est ainsi que Boiceau, louangeur du passé, constate que Justinien se plaignait déjà de la mauvaise foi des témoins. Et les amères paroles d'Horace qu'il cite remontent à une époque plus ancienne, où la preuve par témoins était cependant la règle universelle. C'est donc une vraie illusion que celle que l'on se fait sur la bonne foi qui régnait dans le bon vieux temps, temps d'ignorance et de superstition. Quand l'éducation morale prendra dans nos écoles la place qui lui est due, les consciences s'éclaireront en même temps que l'intelligence se développera; et les mœurs obéiront à la loi qui préside à toutes les manifestations de la vie, celle du progrès. »

Aux déclamations de Bigot-Préameneu j'opposerai les sages observations de Jaubert, le rapporteur du Tribunat :

(1) Voyez mes *Principes de droit civil,* t. XIX, p. 420, n° 394.

« Deux motifs, dit-il, doivent influer sur la détermination des preuves : la nécessité de constater les conventions, et le besoin d'en conserver fidèlement la substance. » A ce point de vue on doit dire avec l'adage moderne : *Lettres passent témoins*. Des hommes d'une égale bonne foi ne racontent-ils pas d'une manière différente ce qu'ils ont vu, ce qu'ils ont entendu ? Si nous n'avions que la tradition orale, que deviendraient la plupart des conventions, lorsque les années en auraient altéré les traces ? Que d'erreurs, que d'incertitudes, que de procès ! Si la preuve littérale ne les prévient pas, elle en facilite la décision, et donne plus de certitude aux jugements. » C'est aussi une question de civilisation. On prétend que la preuve par témoins était jadis généralement admise, parce que la bonne foi régnait parmi les hommes. N'était-ce pas plutôt nécessité ? Quand l'immense majorité des hommes ne savaient pas lire, il fallait bien se contenter de témoignages. A mesure que l'usage de l'écriture se répand, le législateur doit préférer les actes aux témoins. Les écrits se dressent au moment même où le fait juridique se passe, tandis que les témoins sont appelés d'ordinaire à déposer, après de longues années, de ce qu'ils ont vu et entendu. Répandez l'instruction, et la preuve testimoniale deviendra inutile (1).

38. Le droit commun de l'Europe admet la preuve par témoins, sans aucune restriction. Pour apprécier cette différence remarquable qui existe entre la législation française et la législation étrangère, il faut noter d'abord que le droit romain a longtemps régi toutes les nations européennes, et qu'il forme encore le droit commun en Allemagne et ailleurs, et il a été maintenu, en cette matière, non parce que *témoins passent lettres*, mais par la force de l'habitude : cela est, parce que cela est, comme dit Montaigne. Quant aux codes qui régissent les diverses parties de l'Allemagne, ils remontent tous au dernier siècle, et plus ils sont anciens, plus ils se rapprochent des idées romaines, je dirais volontiers qu'ils sont l'expression d'un vieux préjugé. J'ai déjà dit que le code de procédure

(1) Comparez Jaubert, *Rapport*, n° 26 (Locré, t. VI, p. 232 et 233, édition de Bruxelles).

de Bavière (de 1753) pose comme règle que les témoignages font plus de foi que les titres. Est-ce que l'empire d'Allemagne consacrerait cette préférence donnée à une preuve incertaine sur une preuve certaine, si l'on procédait à une codification? Les codes de procédure civile d'Autriche (1782) et de Prusse (1793) admettent la preuve testimoniale sans limitation, mais ils ne mettent plus les témoignages au-dessus des actes. Les législateurs du nord de l'Europe et du midi s'accordent, du reste, à consacrer la preuve par témoins, sans y mettre les restrictions que le législateur français y a apportées dès le seizième siècle. Les codes qui ont suivi comme modèle le code Napoléon sont conçus dans le même esprit.

De là un conflit entre le droit français et le droit étranger : faut-il appliquer la loi du lieu où le procès est engagé, ou la loi du lieu où le fait juridique s'est passé? Si la convention a été conclue en Allemagne, et si le procès est porté devant un tribunal français, la question est de la plus haute importance. En appliquant la loi du for compétent, la preuve testimoniale sera régulièrement rejetée, car il y a peu de causes dont le montant pécuniaire ne dépasse pas 150 francs. Et si le demandeur ne peut pas prouver sa créance par témoins, il se trouvera le plus souvent sans preuve, et partant il succombera. Les auteurs vont même plus loin et disent que le rejet de la preuve testimoniale équivaut au rejet de la demande. Cela est trop absolu et cela conduit à une erreur très répandue parmi les praticiens, à savoir que l'écrit se confond avec la convention, de sorte que la nullité de l'écrit entraînerait la nullité du contrat. L'erreur est palpable; la convention est indépendante de l'écrit qui la constate; malgré le rejet de la preuve testimoniale et l'absence d'un écrit, la convention n'est pas moins valable si elle réunit les conditions requises pour sa validité, mais la preuve sera difficile, peut-être impossible, à moins que la partie intéressée ne se résigne à recourir au serment. Le conflit conserve donc sa gravité.

39. A entendre Fœlix, il y aurait un accord à peu près unanime entre les auteurs pour s'en tenir à la loi du

lieu où le fait juridique s'est passé, et la jurisprudence partagerait l'opinion générale. D'après son habitude, il cite un grand nombre d'auteurs, ainsi que des arrêts. Mais quand on y regarde de près, l'unanimité s'évanouit, pour faire place à la division et à l'incertitude. Il faut d'abord écarter la jurisprudence, elle ne s'est pas prononcée sur la question de statut, les arrêts que l'on cite concernent la non-rétroactivité des lois nouvelles qui établissent un système de preuves différent de celui qui était consacré par la loi ancienne. Je ne nie pas le rapport qui existe entre le *lieu* et le *temps* où un fait juridique s'est passé ; toujours est-il que l'on ne peut pas dire que des arrêts qui décident la question du *temps* ont décidé la question du *lieu*.

Il serait intéressant de connaître la tradition en cette matière. Il est vrai que le code ne la consacre pas, l'article 3, le seul que nous ayons sur le droit civil international, ne parle que de la loi qui régit les immeubles situés en France ; et le statut des immeubles n'a rien de commun avec la preuve des faits juridiques ; il en est de même de la disposition de l'article 3 relative aux lois qui concernent l'état et la capacité des personnes. Néanmoins la tradition conserve une grande autorité dans notre science, qui est essentiellement traditionnelle, et le code civil, en consacrant la doctrine des statuts, a implicitement maintenu toute la théorie. Malheureusement, dans la matière qui fait l'objet de cette Etude, la tradition est incertaine. Parmi les auteurs que Fœlix cite, se trouvent Bouhier, Louet et Brodeau, Boullenois, Merlin. Qui ne croirait que ces autorités sont d'accord, et qu'il ne s'agit que de les écouter? Il n'en est rien ; on va voir qu'il y a désaccord complet. Nous allons d'abord entendre Bouhier, que Fœlix cite en tête de sa longue liste.

Je transcris ce que dit Bouhier : « Un Anglais en ayant poursuivi en France un autre, à qui il prétendait avoir prêté une somme qui excédait cent livres, demandait à en faire la preuve par témoins ; l'autre soutenait qu'une pareille preuve était prohibée par l'article 54 de l'ordonnance de Moulins. La cour jugea que n'y ayant pas de loi

pareille dans la patrie des deux Anglais, on devrait faire ce qu'auraient fait les juges d'Angleterre, et par conséquent admettre la preuve. » Quel est le principe consacré par le Parlement? Bouhier ajoute ce commentaire : « Il semble que Brodeau aurait dû nous apprendre si le prêt avait été fait en Angleterre ou en France. Cette circonstance n'aurait peut-être pas paru indifférente. Mais à supposer le prêt fait en France, comme il y a apparence, à cause de la preuve demandée en ce royaume, je croirai toujours les arrêts bien rendus; car deux étrangers qui passent un acte en France ne sont pas obligés de savoir nos lois et de s'y conformer. Ainsi le plus sûr est de les juger suivant le *droit commun* ou la *loi de leur pays.* Autre chose serait peut-être de la force de la preuve, et s'il s'agissait de savoir si elle est suffisante ou non, comme d'autres l'ont observé (1). »

Quand on met ce passage en regard de ce que dit Fœlix, on est étonné de ce que Fœlix s'appuie sur l'autorité du président du parlement de Dijon, car Bouhier dit tout le contraire de ce que l'auteur français lui fait dire. S'il approuve la décision du parlement de Paris, c'est que, d'après le droit commun, la contestation entre les deux Anglais devait être jugée par la loi de leur pays, en supposant même que le prêt eût été fait en France. Donc Bouhier écarte la loi du *lieu* où le contrat a été passé, pour s'en tenir à la loi personnelle ou nationale des parties. Fœlix, au contraire, ne dit pas un mot de la loi personnelle ou nationale; s'il avait eu à décider le procès entre les deux Anglais, il aurait appliqué la loi française; et si le prêt avait eu lieu en Angleterre, il aurait appliqué la loi anglaise, sans tenir compte, ni dans l'une ni dans l'autre hypothèse, de la loi personnelle ou nationale. On voit que l'autorité invoquée par Fœlix témoigne contre lui. Il en est de même de la jurisprudence du parlement de Paris que Fœlix cite également à l'appui de sa doctrine. Sur ce point il y a un véritable chaos d'opinions et, partant, d'erreurs. Les arrêts n'étaient pas motivés, sous

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXI, nos 205 et 206 (Œuvres, t. Ier, p. 615).

l'ancien régime, ils n'étaient pas même recueillis régulièrement, ni officiellement; de là une grande incertitude non seulement sur les motifs de décider, mais encore sur les décisions elles-mêmes. J'entre dans ces détails pour montrer avec quelle précaution il faut parler de la jurisprudence et de la doctrine antérieures à la révolution de 1789.

40. Le parlement de Paris a-t-il décidé que la preuve testimoniale est régie par la loi du lieu où le contrat a été conclu? On ne le sait. Bouhier vient de nous dire que les faits mêmes ne sont pas établis par l'arrêtiste : Brodeau ne dit pas si le prêt entre les deux Anglais a été fait en Angleterre ou en France; dès lors on ne peut rien affirmer sur la décision du parlement de Paris, tout au plus peut-on deviner ce qu'il a voulu dire. Bouhier a donc raison de s'énoncer en termes dubitatifs. Boullenois mentionne aussi les deux arrêts qui jouent un grand rôle dans notre débat; s'ils ont acquis une certaine notoriété, c'est probablement parce qu'il n'y en avait pas d'autres sur la question. Voici ce que Boullenois en dit (1). Il pose d'abord comme règle « que l'on doit suivre la loi du lieu où le contrat a été passé, dans tout ce qui peut concerner la preuve ». L'auteur ajoute que, sur ce point, il n'y a pas deux avis. Puis vient une seconde règle : « Il faut *communément* suivre la loi du lieu du contrat dans tout ce qui peut former le *lien du contrat*, ce qu'on appelle *vinculum obligationis;* cependant cela *dépend beaucoup* des *circonstances.* » Nous voilà déjà en pleine incertitude; car qu'est-ce qu'un principe qui dépend des circonstances? C'est le pouvoir arbitraire du juge, c'est-à-dire l'absence de toute règle. Il y a bien pis : Boullenois confond le *lien de droit* avec la preuve, erreur très commune malheureusement et qui bouleverse toute notre doctrine : « Deux particuliers contractent ensemble *en présence de témoins*, et sans écrit, dans un endroit où de *pareilles conventions forment de véritables engagements*, et à *raison de quoi* la preuve par témoins est admise dans cet endroit pour quelque somme que ce soit. »

(1) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. II, p. 458-460.

[illegible] *présence de témoins* [illegible] et c'est parce q[illegible] *du lieu* admet la preu[illegible] preuve qui rend l'obligation val[illegible] hérésie. Que les pra[illegible] valable ou nulle, suiva[illegible] par écrit, soit par témoin[illegible] je le comprends; car po[illegible] prouvée, faute d'écr[illegible] mais comment un juri[illegible] fait de la preuve un[illegible] insiste pas parce qu[illegible] s'il y a des le[illegible] grande la confusio[illegible] doctrine et dans la juri[illegible] *Principes de droit civ*[illegible]

[illegible] Les parties qu[illegible] dans un lieu où la preuv[illegible] plaident ensuite dan[illegible] Dans cette espèce, [illegible] qu'il faudra admettre [illegible] *telle preuve* appartient [illegible] — C'est la déci[illegible] de la preuve testi[illegible] d'autre fondement [illegible] Boullenois, il faudrait la reje[illegible] car le motif de décider [illegible] rarement du mot d'évi[illegible] Quoi! la *preuve* est [illegible] soit formé, et cette [illegible] des contrats!

Boullenois [illegible] « C'est *sans doute* dans cette espèce que se trouvèrent les deux Anglais dont parle Bouhier, entre lesquels fut ordonnée la preuve par témoins, pour un prêt qui excédait 100 livres et dont il n'y avait pas d'écrit. » Boullenois dit que cela est ainsi *sans doute*, tandis que Bouhier, plus exact, dit qu'on ne sait pas si le prêt avait été fait en France ou en Angleterre;

dès lors il fallait s'abstenir de toute affirmation. Boullenois fait mention de ce dissentiment : « Quelques-uns prétendent que cela a été jugé ainsi, non pas parce que ces deux Anglais avaient contracté selon la loi du lieu du contrat, mais parce qu'étant Anglais, ils avaient contracté entre eux, comme on contracte dans leur nation ; mais cette réflexion serait bonne si, ayant contracté ailleurs, selon les lois de leur pays, ils venaient plaider chez eux ; *tunc ex æquo et bono in patria sustineretur contractus,* et c'est la décision de Hertius. » Pour savoir ce que le parlement de Paris avait jugé, il fallait avant tout constater les faits ; or, Brodeau n'avait pas dit si les Anglais avaient traité en Angleterre ou en France, ce qui rendait la décision douteuse quant à la doctrine : l'autorité de Hertius était absolument sans influence dans l'espèce.

41. Nous ne sommes pas au bout de l'incertitude qui règne sur les deux arrêts du parlement de Paris. Merlin les cite également. Dans un article sur la *Preuve* écrit sous l'ancien droit, l'auteur pose le principe en ces termes : « On convient unanimement que tout ce qui concerne la forme probante des contrats ne doit dépendre que de la loi où ils sont passés. » Le *Répertoire* cite ensuite cet exemple : Un Parisien, se trouvant à Lille, emprunte une somme de 300 florins. La Flandre française était régie par l'Edit perpétuel des archiducs Albert et Isabelle, lequel admettait la preuve testimoniale dans les cas où le montant pécuniaire du fait juridique ne dépassait pas 300 florins ; d'après la *loi du lieu*, le prêt pouvait donc se prouver par témoins. Le débiteur est actionné à Paris : question de savoir si la preuve testimoniale est admissible. L'affirmative est certaine dès que l'on admet le principe. L'auteur de l'article ajoute : Brodeau rapporte deux arrêts qui l'ont jugé ainsi. Il était question, dans chacune des deux espèces, de deux Anglais, dont l'un demandait à prouver par témoins le prêt qu'il disait avoir fait *en Angleterre*, d'une somme excédant 100 livres, et l'autre soutenait que la preuve était inadmissible, d'après l'ordonnance de Moulins. Mais cette preuve fut admise par

un arrêt de 1596, confirmatif d'une sentence de la sénéchaussée de Lyon, et par un autre confirmatif d'une sentence du Châtelet : et conséquemment il fut jugé, dit Brodeau, « que l'ordonnance de Moulins ne peut s'appliquer aux *contrats passés hors de France*, parce qu'elle tend *ad litis decisionem* (1) ».

Voilà une affirmation, appuyée sur une citation textuelle, qui contredit le témoignage de Bouhier et même celui de Boullenois. Il s'agit de savoir ce que Brodeau a dit, Merlin lui fait dire tout le contraire de ce que Bouhier affirmait et de ce que Boullenois ne contredisait pas : il y a inexactitude d'une part ou de l'autre ; il est presque inutile d'ajouter que ce n'est point le président Bouhier qui est le coupable. Pour nous en assurer ouvrons le recueil d'arrêts de Louet, annoté par Brodeau : « On a demandé, dit Brodeau, si un étranger, comme un Anglais, plaidant en France, doit, pour la décision de son procès, suivre et garder les lois et les statuts d'Angleterre, ou bien ceux de France. La distinction qu'apportent tous les docteurs d'un commun accord est que, *quantum ad decisoria*, il faut juger selon les lois d'Angleterre, *secus quantum ad formas et litis ordinationem.* » On voit que dans l'énoncé de la règle, l'arrêtiste ne dit pas si le contrat est passé en France ou en Angleterre ; donc Bouhier avait raison, et le *Répertoire* citait des paroles qui ne se trouvent pas dans Brodeau. Vient ensuite la relation des arrêts rendus par le parlement, dans la cause des deux Anglais : « Suivant laquelle distinction il a été jugé par deux arrêts que deux Anglais plaidant en France, l'un demandant à prouver par témoins le prêt d'une somme excédant 100 livres, l'autre soutenant la preuve du fait n'être recevable suivant l'ordonnance de Moulins (art. 54), qu'en ce cas l'ordonnance n'avait lieu, d'autant qu'elle va *ad litis decisionem* (2). » Voilà le texte. Tout ce que l'on peut induire des motifs ajoutés par Brodeau, c'est qu'il

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Preuve*, sect. II, § III, art. Ier, no III (t. XXIV, p. 429, édition de Bruxelles).

(2) Brodeau sur Louet, *Recueil d'aucuns notables arrêts donnés en la cour de parlement de Paris*, C., § 42, p. 173.

est probable que le prêt avait été fait en Angleterre, comme le dit Boullenois.

42. Je laisse là la tradition; des arrêts non motivés, Boullenois combattant Bouhier, cela ne peut certes s'appeler une jurisprudence et une doctrine certaines. J'arrive aux jurisconsultes modernes, et j'interroge d'abord Fœlix, dont l'autorité est grande en France, c'est toujours le seul auteur que l'on cite, Mailher de Chassat est peu connu, et il est si confus, qu'il ne mérite guère de l'être.

Fœlix commence par rappeler la distinction entre l'*ordinatoire* et le *décisoire*, en rapportant un passage du *Répertoire* de Merlin. « Dans la classe des *formalités décisoires*, ajoute Fœlix, il faut ranger toutes les dispositions concernant la forme extérieure des actes de l'homme; l'absence ou l'omission de ces formalités anéantit l'action, et influe par conséquent sur le fond de la contestation. » C'est trop dire, me semble-t-il; supposons qu'un écrit soit nécessaire pour prouver une convention; il n'y en a pas, ou l'écrit est nul. En résultera-t-il que l'*action* est *anéantie?* Non, certes; puisque le demandeur peut recourir à l'interrogatoire sur faits et articles, et obtenir par là un aveu, et à défaut de toute preuve, il a encore la ressource extrême du serment; on ne peut donc pas dire que le défaut de preuve littérale anéantit l'action.

La question de l'admissibilité de la preuve testimoniale, continue Fœlix, se décide par la distinction de l'*ordinatoire* et du *décisoire,* car cette preuve dépend du *décisoire*. Voici comment l'auteur établit l'analogie, pour mieux dire, l'identité entre la preuve par témoins et la preuve par écrit : « Celui qui offre la preuve testimoniale d'une convention prétend employer ce moyen de preuve pour remplacer la preuve plus précise qui résulte des écrits : il veut, pour ainsi dire, construire par les dépositions des témoins un acte identique à celui qui existerait par écrit, si la partie qui a pris l'engagement l'avait immédiatement rédigé par écrit. En d'autres termes, celui qui offre la preuve par témoins considère cette preuve comme une forme extérieure de la convention,, et il s'agit de savoir s'il y a lieu d'admettre cette forme. Cette ques-

tion doit être décidée suivant la loi du lieu dans lequel la convention a été faite, parce que, encore une fois, cette loi régit la *forme extérieure des actes* (1). »

Cette assimilation de la preuve par témoins à la preuve littérale me paraît étrange, et l'auteur n'a pas tort d'y ajouter un *pour ainsi dire*. Il y a une différence essentielle entre les témoignages et les écrits. Quand les parties dressent un acte de leurs conventions, elles constatent elles-mêmes ce qu'elles ont voulu, et elles attestent leur volonté par leur signature. Voilà, comme le dit Fœlix, une preuve claire et précise, elle remonte au moment même où le contrat a été formé, alors que les parties doivent savoir ce qui a été convenu entre elles. Il en est tout autrement des témoignages; les témoins ne déposent pas immédiatement de ce qu'ils ont vu et entendu, et quand même ils rendraient leur témoignage de suite, il n'équivaudrait jamais à l'écrit qui serait dressé; en effet, ce ne sont plus les parties qui parlent, ce sont des tiers qui rapportent les conventions telles qu'ils les ont comprises, et s'ils les avaient mal comprises? Les paroles des parties, dans la bouche des témoins, ne sont jamais la reproduction exacte de ce qu'elles ont dit. Que sera-ce, ce qui arrive nécessairement, quand les témoins déposent plus ou moins longtemps après qu'ils ont assisté à un fait juridique? Ce n'est plus le témoin d'il y a dix ou vingt ans qui parle, c'est sa mémoire, il dit ce dont il se souvient, et non ce qu'il a réellement entendu. Et ces souvenirs incomplets, altérés, troublés, tiendraient lieu de l'écrit qui aurait été dressé au moment où le contrat a été passé! S'il n'y avait d'autre argument à l'appui de la *loi du lieu*, en matière de preuve testimoniale, il faudrait dire que cette loi doit être écartée.

43. Fœlix, après avoir établi son principe, comme je viens de le dire, ajoute les raisons que donne le *Répertoire de jurisprudence* à l'appui de la *loi du lieu* où le contrat s'est passé (2). Ce sont des considérations analogues à

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 452-454 (4e édit.).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Preuve*, sect. III, § II, art. 1er, n° III (t. XXIV, p. 428 et 429, édition de Bruxelles).

celles que j'ai déjà présentées. Merlin prévoit une objection, et la manière dont il y répond prouve qu'elle l'embarrassait. A la différence des écrits qui sont dressés en dehors de la justice, les témoins déposent devant le juge; n'en faut-il pas conclure que tout ce qui concerne la preuve testimoniale appartient à l'instruction, et à la manière de procéder, et, partant, que la *loi du for* régit l'admissibilité de cette preuve et la force probante qui s'y attache? Merlin ajoute que la défense de recevoir la preuve par témoins, que certaines lois prononcent, s'adresse aux juges; qu'ils ne peuvent donc pas l'autoriser, quand même la loi du lieu où le contrat a été passé la permettrait. Ce ne sont là que de fausses apparences, dit le *Répertoire*. On ne doit appliquer la loi du for qu'aux formalités judiciaires proprement dites, c'est-à-dire à celles qui concernent l'instruction et la procédure. Il y a d'autres formes qui ont pour objet le fond même de la cause, et dont l'inobservation anéantit absolument l'action. Ces formes sont régies par la loi du lieu où l'action est née, donc par la loi du lieu où l'obligation a été contractée. C'est l'application à la preuve testimoniale de l'antique distinction de l'*ordinatoire* et du *décisoire*. Mais est-il bien vrai que le rejet de la preuve testimoniale décide le procès? En fait, oui, si le demandeur n'a pas d'autre preuve, et s'il ne veut pas déférer le serment à la partie adverse. Mais, en droit, on ne peut pas dire que l'action est anéantie par cela seul que la loi du for prohibe la preuve par témoins: il reste au demandeur l'interrogatoire sur faits et articles, et la délation du serment.

44. L'opinion qui, selon Merlin, n'était fondée que sur de fausses apparences, a été reprise par Mittermaier, et suivie par Linde qui a écrit un ouvrage très estimé sur la procédure. Le jurisconsulte allemand se prononce pour la loi du for; quoique cet avis soit resté à peu près isolé, je dois m'y arrêter; le nom de l'auteur m'y oblige, et puis je suis toujours à la recherche d'un fondement solide sur lequel on puisse appuyer la *loi du lieu*, en ce qui concerne la preuve testimoniale. Mittermaier ne nie point la distinction traditionnelle des *formes ordinatoires* et des

formes décisoires; il ne soutient pas non plus la loi du for comme une règle générale applicable à toutes les preuves ; il se borne à dire que l'admissibilité de la preuve par témoins dépend de la loi du for. Quel est l'objet de cette preuve? Elle se fait directement devant le juge, pour éclairer sa conscience. Or, on suppose que la loi du for, d'après laquelle le juge doit rechercher la vérité, prohibe la preuve testimoniale : la prohibition implique que les témoignages sont suspects, qu'ils peuvent induire le juge en erreur, le tromper, à ce point que s'il écoute les témoins, il déclarera vrai ce qui est faux; puis son jugement, basé sur des témoignages erronés ou faux, passera pour l'expression de la vérité. Le juge qui sait d'avance que cette présomption sera fausse, ou du moins très chanceuse, peut-il porter une décision qui, en attestant des faits douteux ou controversés, créera des droits qui n'existent point, et imposera des obligations qui n'ont jamais été contractées? La question de l'admissibilité de la preuve testimoniale n'appartient pas, comme on le dit, à la théorie des Obligations; elle dépend plutôt de la procédure. Il s'agit de savoir si une action peut être admise en suite d'une prétendue convention dont rien n'atteste l'existence, sinon une preuve réprouvée par la loi au nom de laquelle le juge rend la justice. Avant de recevoir une action, le juge doit examiner si la loi de son pays accorde protection à une demande à l'appui de laquelle on n'allègue d'autre preuve que des témoignages; si ces témoignages n'ont aucune valeur d'après la loi du for, le juge ne peut pas les admettre (1).

M. Massé a critiqué l'opinion de Mittermaier, et il a établi en même temps le fondement de l'opinion générale qu'il adopte. La différence que Mittermaier fait entre les *actes* et les *témoignages* n'est pas solide. Si les preuves, en général, appartiennent aux formes *décisoires*, il n'y a pas de raison suffisante pour admettre une exception en ce qui concerne la preuve testimoniale; il est juridiquement impossible que la preuve d'un fait litigieux appartienne au

(1) Mittermaier, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XIII, p. 315 et suiv.

décisoire, s'il y a un acte, et qu'elle appartienne à l'*ordinatoire*, s'il y a des témoins. Il faudrait attaquer la distinction même, et Mittermaier l'approuve; dès lors, on doit en accepter la conséquence. L'opinion du jurisconsulte allemand est encore en opposition avec le principe général qui gouverne les preuves. Pour savoir si la preuve testimoniale est admissible, il faut se reporter aux circonstances de temps et de lieu dans lesquelles la convention a été conclue; ces circonstances influent sur la formation de la convention et sur la manière de la prouver; si au moment où elles traitent, et là où elles contractent, la preuve par témoins est admise, et si les parties ne dressent aucun écrit, il est certain qu'elles ont traité en s'en rapportant à la loi locale qui les dispensait de se procurer une preuve littérale; il serait injuste d'enlever aux contractants le bénéfice d'une preuve sur laquelle ils comptaient. M. Massé donne un exemple qui met ce principe dans tout son jour. D'après le droit commun de l'Europe, la preuve testimoniale est la règle : est-il juste d'enlever aux parties le bénéfice d'une preuve qui est journellement employée en Allemagne, parce que le litige est porté devant un tribunal des provinces rhénanes, où le droit français a été introduit? Ne serait-ce pas se mettre en opposition avec cette règle qui est la base du droit civil international, à savoir que les tribunaux doivent juger comme aurait jugé le tribunal du lieu où la convention s'est formée (1)? Cette opinion a été consacrée par la cour de cassation dans un arrêt rendu sous la présidence de M. Massé (2).

45. La preuve testimoniale donne encore lieu à une autre difficulté sur laquelle les avis sont partagés. L'admissibilité de cette preuve et l'étendue de la force probante des témoignages sont réglées par la loi du lieu où la convention s'est formée. Ainsi c'est la *loi du lieu* qui décidera si l'on peut combattre par cette preuve l'écrit qui aurait été dressé, ou si *lettres passent témoins* (n[os] 37 et 38). Les règles de la procédure relatives aux enquêtes font partie

(1) Massé, *Droit commercial*, t. II, p. 42-44, n° 771. Dans le même sens, Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 245.
(2) Cassation, 24 août 1880 (Sirey, 1880, 1, 413).

de la procédure, et dépendent par conséquent de la loi du for. Doit-on placer parmi ces règles celle qui détermine les incapacités de porter témoignage en justice? La réponse dépend du point de savoir si la capacité des témoins concerne l'*ordinatoire* ou le *décisoire*. La distinction est généralement admise, mais comme elle n'est pas établie par la loi, les limites entre l'ordinatoire et le décisoire sont plus ou moins incertaines. De là le dissentiment des auteurs sur la question que je viens de poser. Fœlix applique à la capacité des témoins la loi du lieu où la convention a été formée; parce que les parties, en contractant une convention verbale, ont dû compter sur la preuve testimoniale telle qu'elle est consacrée par la loi du lieu. Si je traite verbalement, en présence de cousins issus de germains, c'est parce que les lois du lieu m'y autorisent. Ce serait rejeter la preuve testimoniale que de me refuser le droit de citer comme témoins les personnes qui ont assisté au contrat, et qui, d'après la loi du lieu, pouvaient en témoigner. C'est bien là une règle *décisoire*, puisque la preuve en dépend, et si la preuve par témoins me fait défaut, je perdrai mon procès, tandis que je l'aurais gagné si l'on avait entendu les parents qui ont assisté au contrat (1).

M. Massé s'est prononcé, sur ce point, en faveur de la loi du for, de même que Mittermaier. Sans doute, dit-il, on ne peut priver les parties de la preuve sur laquelle elles comptaient en contractant, mais elles doivent savoir que si le juge du for compétent est tenu d'admettre la preuve testimoniale, conformément à la *loi du lieu*, il en est autrement des formes de procéder qui dépendent exclusivement de la loi du lieu où le procès s'instruit; or, les lois de procédure règlent non seulement les formes de l'enquête, mais elles déterminent aussi les conditions de capacité, à raison desquelles le témoin peut être reproché. Alors on peut dire avec Mittermaier que la preuve ayant pour but de convaincre le juge, on ne peut forcer celui-ci à puiser les éléments de sa conviction dans des témoi-

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 458, n° 235.

gnages réprouvés par la loi au nom de laquelle il rend justice (1). Il me semble que c'est résoudre la question par la question. Si l'admissibilité de la preuve testimoniale dépend de la *loi du lieu,* il en faut conclure que le témoignage conforme à cette loi fait foi, quand même il serait rendu par un témoin reprochable d'après la loi du for, de même qu'un acte ferait foi, quand même il lui manquerait une forme prescrite par la loi du for. Supposez que le procès soit porté devant un tribunal français, les témoins habitant les Etats-Unis; le juge demande, par voie de commission rogatoire, que le tribunal américain reçoive les dépositions : d'après quelle loi ce tribunal entendra-t-il les témoins? refusera-t-il de recevoir la déposition de témoins reprochables d'après la loi française? Cela serait contraire au principe qui régit les commissions rogatoires, comme je le dirai plus loin (n° 59) : le juge commis n'est lié que par la loi territoriale, il ne peut pas reprocher des témoins que sa loi nationale admet. Cela est aussi fondé en raison. La convention, dans l'espèce, a été formée en présence de personnes que la loi américaine permet d'entendre comme témoins; leur témoignage, d'après la loi locale, fait foi; il doit donc faire foi partout. Qu'importe que la loi du for reproche les témoins entendus aux Etats-Unis; le droit international ou, comme disent les Anglo-Américains, la *courtoisie internationale* fait un devoir aux tribunaux français d'admettre comme l'expression de la vérité les témoignages rendus conformément à la loi américaine.

§ IV. — *Des présomptions.*

46. Les présomptions jouent un grand rôle dans la doctrine et dans la jurisprudence. Quand on ouvre le code Napoléon, on s'en étonne. Il distingue deux espèces de présomptions, celles de l'homme et celles de la loi. Aux termes de l'article 1353, « les présomptions qui ne sont point établies par la loi sont abandonnées aux lumières

(1) Massé, *Droit commercial,* t. II, p. 45, n° 772. Mittermaier, dans l'*Archiv für civilistische Praxis,* t. XIII, p. 310.

et à la prudence du magistrat, lequel ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales ». Or, la preuve testimoniale n'est admise qu'à titre d'exception; en principe, elle est rejetée dès que le montant du litige dépasse 150 francs. Quant aux présomptions légales, elles sont peu nombreuses, et le juge ne peut pas les étendre par voie d'analogie; le code civil les restreint dans les plus étroites limites : « La présomption légale est celle qui est attachée par une loi *spéciale* à *certains* actes ou à *certains* faits. » Il faut donc une loi formelle, et cette loi est limitée aux *actes* et aux *faits* qu'elle détermine. Cependant les auteurs et la jurisprudence invoquent à chaque pas des présomptions légales que l'on chercherait vainement dans le code, et sans se demander si, en dehors du texte, il est permis d'invoquer des présomptions dans les cas où la preuve testimoniale ne serait pas admise. Comment se fait-il que, dans la pratique, les présomptions abondent, tandis que d'après la loi elles forment une preuve rare et exceptionnelle?

Dans l'ancien droit, les légistes aimaient à décider les questions douteuses par voie de présomptions ; nous avons des traités *ex professo* sur ce genre de preuve. La raison en est que les jurisconsultes n'étaient pas liés par des codes; le droit était essentiellement coutumier, et là où règnent les coutumes, les interprètes ont une grande part dans la formation du droit: il y a un *droit des juristes* (c'est l'expression allemande), comme il y a une jurisprudence et une législation. Dans cet état de choses, il est naturel de recourir aux faits et circonstances de la cause, pour en induire des probabilités que l'interprète érige en présomptions. Sous l'empire du code civil, le juge est enchaîné par la loi, et il ne lui appartient plus de la faire. Or, la loi est très sobre de présomptions, qu'elle-même établit. La raison de cette espèce de défaveur qui frappe les présomptions est très simple. Qu'est-ce que les présomptions? Ce sont, dit le code français (art. 1349), des *conséquences* que la *loi* ou le *magistrat* tire d'un fait connu à un fait inconnu. Ainsi il s'agit

d'un raisonnement; le législateur se permet rarement de décider par voie d'argumentation, parce qu'il n'en résulte qu'une probabilité plus ou moins grande; or, rien n'est plus vague : ce qui est probable pour l'un ne l'est pas pour l'autre. Que de chances d'erreurs dans une preuve aussi incertaine! On ne peut pas même dire que ce soit une preuve, car argumenter n'est pas prouver. Je laisse de côté ce débat, en renvoyant à mes *Principes de droit civil*, où j'ai été cent fois dans le cas de rejeter de prétendues présomptions que la loi ignore et que, dans le silence de la loi, il n'est pas permis au juge d'invoquer (1).

47. Quelle est la loi qui régit les présomptions? Sur cette question aussi, il y a bien des doutes et des incertitudes. Fœlix applique aux présomptions la loi du lieu du contrat, en mettant les présomptions sur la même ligne que la preuve testimoniale (2). L'analogie ne pourrait être invoquée que pour les présomptions dites *de l'homme*, puisque la loi les assimile aux témoignages. Fœlix en fait une règle générale, en l'étendant aux présomptions de la loi; c'est une confusion, me semble-t-il, car grande est la différence entre les présomptions légales et celles que le code abandonne à la prudence du juge. Il faut donc commencer par distinguer les deux espèces de présomptions, puis il y a encore bien des distinctions à faire entre les diverses présomptions que la loi établit, d'après la diversité des matières. M. Brocher est le seul auteur qui soit entré dans ces détails; on va voir que la chose est absolument nécessaire : appliquer la même règle aux matières les plus différentes, c'est aller au-devant de l'erreur.

Je commence par les présomptions de l'homme. M. Brocher dit que cette preuve semble appartenir à la procédure plus qu'au fond du droit. Le texte même du code paraît consacrer cette opinion. C'est le juge qui, dans sa prudence, apprécie les faits et les circonstances de la cause, et en déduit des présomptions graves, précises et concordantes : n'est-ce pas dire qu'il appartient au juge seul de déterminer les probabilités de fait d'après les-

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XIX, n° 607.
(2) Fœlix, *Droit international privé*, t. 1er, p. 460, n° 237.

quelles il décidera le procès? Et s'il en est ainsi, ne faut-il pas s'en rapporter à lui pour tout ce qui concerne les présomptions? Il ne saurait donc y avoir pour les parties un droit acquis en vertu de la loi du lieu (1).

Il me semble que c'est confondre deux ordres d'idées très différents, que l'article 1353 distingue très soigneusement. Il dit d'abord dans quels cas le juge peut décider par voie de présomptions, et c'est bien là le point essentiel : le juge a-t-il le *pouvoir* de recourir aux présomptions quand il veut? Le code français ne dit pas cela, il dit tout le contraire ; l'article 1353 porte que le juge doit décider par présomptions dans *les cas seulement* où la loi admet la preuve testimoniale. Ainsi loin de lui donner un pouvoir, le législateur le lui dénie. Sans doute, dans les cas où il peut juger par voie de présomptions, le magistrat les apprécie, c'est lui qui décide si elles sont graves, précises et concordantes; cette question est de fait, donc dans les attributions nécessaires du tribunal, comme tous les éléments de fait en matière de preuve. Cela est étranger au statut ; avant d'apprécier les preuves, le juge doit savoir s'il lui est permis d'y recourir, et ce n'est pas lui qui décide cette question, c'est la loi. Reste à savoir quelle est cette loi? Est-ce la *loi du for*, comme le dit M. Brocher, ou est-ce la *loi du lieu*, comme le dit Fœlix? Si l'on admet la règle que le *décisoire* est réglé par la *loi du lieu*, en matière de preuve, il faut admettre la conséquence qui en découle. Les présomptions décident le procès, aussi bien que les témoignages. Donc les parties, en contractant, doivent compter sur les unes comme sur les autres, les deux preuves se confondant. Ce qui est vrai de l'admissibilité de la preuve l'est aussi de l'étendue de la force probante qui en découle. Le code français accorde aux présomptions la force probante qu'il attache aux témoignages; elles font preuve complète, mais on ne peut pas les invoquer contre les actes qui auraient été dressés : *lettres passent présomptions*, par cela seul que *lettres passent témoins*. D'autres législations permettent de combattre la preuve littérale par des témoignages, partant

(1) Brocher, *Droit international privé*, p. 291, suiv.

par des présomptions. Est-ce la loi du for qui décidera quelle est la force probante des présomptions de l'homme? Dans l'opinion généralement admise, il faut répondre négativement. Le code italien a consacré cette opinion, ce qui lui donne un nouveau poids; l'article 10 des dispositions générales porte « que les moyens de preuve des obligations sont déterminés par les lois du lieu où l'acte a été rédigé ». Ce que la loi dit des *actes* s'applique, par identité de raison, aux autres preuves.

18. Quant aux présomptions légales, MM. Demangeat et Brocher s'accordent à dire qu'il faut distinguer les diverses matières dans lesquelles la loi établit des présomptions. Cela me paraît évident. Comment mettre sur la même ligne des présomptions que la loi établit en se fondant sur la volonté probable des parties contractantes et celles qui déterminent la filiation, où rien ne dépend de l'autonomie, ainsi que les présomptions qui sont un accessoire du statut réel, et réelles à ce titre? Ici il faut laisser de côté et la *loi du for* et la *loi du lieu;* le juge doit décider d'après la nature du fait litigieux; en effet, les présomptions légales ont un lien intime avec le fait que le juge est appelé à apprécier. Quand une loi établit une présomption de libération, ou de filiation, ou de propriété, c'est par les considérations les plus diverses, il en faut tenir compte pour apprécier la nature de la présomption et, partant, la loi qui la régit.

M. Brocher dit qu'il y a des présomptions que la loi établit pour mettre en évidence la volonté probable des parties intéressées, et quand le législateur lui-même déclare quelle a été la volonté des parties, le juge doit naturellement respecter sa décision. Quelle est la loi qui régit cette première classe de présomptions? M. Brocher répond que c'est la loi qui régit l'interprétation des conventions ou des actes. Il me semble qu'il y a là une confusion d'idées. La loi n'interprète jamais les conventions et les actes, c'est la mission du juge; la loi trace seulement des règles qui aident le juge à interpréter les contrats ou les testaments. L'interprétation est nécessairement individuelle, et échappe par cela même à l'action du législateur

qui procède par dispositions générales. Il en est tout autrement des présomptions ; il y a un fait connu, la loi en tire une conséquence pour en induire un fait inconnu qui est précisément celui que le juge doit apprécier ; voilà pourquoi les présomptions tiennent lieu de preuve à celui qui a le droit de les alléguer. L'interprétation et la présomption étant des faits différents, il est impossible qu'une seule et même loi les régisse.

Je vais parcourir les articles du code civil que M. Brocher cite comme exemples d'interprétation ; je pourrais m'en dispenser, car la manière dont il les qualifie prouve que ce ne sont pas des présomptions : « Tel nous semble, dit-il, être le cas des présomptions *plus ou moins indirectement énoncées* dans les articles 1405, 1626, 1627, 1629, 1643, 1903 du code civil. » Pour qu'il y ait présomption, le code (art. 1350) veut qu'une loi *spéciale* l'établisse, et que cette loi soit relative à *certains* actes, ou à *certains* faits. Cela exclut absolument les prétendues présomptions qui seraient *plus ou moins indirectement* énoncées. Et, en effet, il n'est pas question de présomptions dans les articles que M. Brocher cite.

L'article 1405 est ainsi conçu : « Les donations d'immeubles qui ne sont faites pendant le mariage qu'à l'un des deux époux, ne tombent point en communauté, et appartiennent au donataire seul. » Il n'y a ici ni fait connu, ni fait inconnu, ni conséquence tirée de l'un pour en induire l'autre : c'est l'application d'un principe élémentaire. Les biens donnés ne peuvent tomber dans la communauté que lorsqu'ils ont été donnés à la communauté ; or, la donation faite à l'un des conjoints n'est certes pas faite aux deux époux associés. On en peut induire que les biens donnés aux deux conjoints entrent en communauté ; la raison en est très simple, c'est que la communauté n'est autre chose que les deux époux associés. L'article 1405 ajoute : « A moins que la donation ne contienne expressément que la chose donnée appartiendra à la communauté. » Cela est si évident qu'il était inutile de le dire, en tout cas il ne peut s'agir d'une volonté *présumée*, quand le donateur la déclare en termes *exprès*.

L'article 1626 porte : « Quoique, lors de la vente, il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente. » Je cherche vainement où est, dans l'espèce, le *fait connu*, dont la loi tirerait une conséquence relative à un fait inconnu et contesté. La loi dit en deux mots que la garantie est de la nature de la vente. Est-ce que cela a jamais été révoqué en doute? Qu'est-ce qu'il y a à prouver dans l'espèce? Rien; donc il n'y a pas lieu à une présomption légale qui dispense de la preuve. Je crois inutile de transcrire les autres articles cités par M. Brocher, il suffit de les lire pour se convaincre qu'il n'y est pas question de présomptions, telles qu'elles ont été définies par les articles 1349 et 1350, et il ne peut pas y en avoir d'autres.

49. M. Brocher a cependant raison de distinguer certaines présomptions qui concernent les conventions, ou, en termes plus généraux, les faits juridiques dans lesquels la volonté joue un grand rôle. Telle est la chose jugée : c'est par leur volonté que les parties figurent dans une instance judiciaire, et les jurisconsultes romains disent qu'elles contractent en justice. L'article 1350 place parmi les présomptions légales l'autorité que la *loi* attribue à la chose jugée. Quelle est la loi qui règle l'effet de cette présomption? Fœlix répond que le jugement a, dans les pays étrangers, les effets qui lui sont attribués par la loi du lieu où il a été rendu; s'il a été rendu en France, le défendeur pourra opposer partout l'exception de chose jugée, c'est-à-dire qu'il pourra repousser toute nouvelle action que le demandeur formerait contre lui, en la même qualité, si la chose demandée est la même, et fondée sur la même cause (art. 1351) : entre les parties, la chose jugée est considérée comme l'expression de la vérité. Fœlix le décide ainsi par application du principe qui régit la preuve testimoniale. Cela n'est pas exact; en effet, en parlant de la preuve par témoins, l'auteur dit qu'il faut appliquer la loi du lieu dans lequel la convention a été faite, et ce lieu

n'est pas nécessairement celui où le jugement a été rendu. M. Demangeat ne fait aucune remarque sur cette contradiction; lui-même enseigne une autre opinion, dans son *Histoire de la condition civile des étrangers en France* (p. 346). On y lit qu'il faut décider en général que les présomptions sont considérées comme des exceptions de procédure, c'est-à-dire que l'on doit appliquer la loi du lieu où l'exécution est poursuivie: c'est ce que, dit M. Demangeat, je déciderais sans difficulté à l'égard de la présomption légale qui résulte de l'autorité de la chose jugée. Quel est le lieu où l'on poursuit l'exécution? L'exception de la chose jugée s'oppose là où le demandeur intente une nouvelle action que le défendeur peut repousser par une exception; l'autorité qu'a la chose jugée serait donc déterminée, non par la loi de la convention, ni par celle du lieu où le jugement est rendu, mais par la loi du lieu où l'exception de chose jugée est opposée. Si telle est la pensée de M. Demangeat, ce serait un troisième système, celui de la loi du for. Est-il vrai que l'exception de la chose jugée tient à la procédure? S'agit-il d'une *forme* de *procédure*, quand la loi dit que la chose jugée est l'expression de la vérité? Il faut écarter aussi, me semble-t-il, la loi du lieu où la convention a été formée, car la chose jugée n'est pas une de ces preuves sur lesquelles les parties ont dû compter en contractant, et qui les dispense de se procurer une autre preuve; à vrai dire, la chose jugée, comme toute présomption, dispense de la preuve proprement dite celui au profit duquel elle est établie (art. 1352); le défendeur qui oppose la chose jugée n'a rien à prouver, puisqu'il a pour lui un jugement que la loi déclare être l'expression de la vérité; cette exception met fin au procès, en l'arrêtant dès son début. Donc elle doit être régie par la loi du lieu où cette présomption a été acquise au défendeur, c'est-à-dire où le jugement a été rendu. C'est l'avis de Bonnier (1).

50. Il y a une présomption qui détermine la volonté de la partie intéressée; c'est celle qui est établie par les

(1) Bonnier, *Traité des preuves*, t. II, n° 934.

articles 1282 et 1283. Le créancier remet au débiteur le titre qui constate la créance; cette remise se fait volontairement, c'est-à-dire avec l'intention de libérer le débiteur, ou de constater la libération. Dans l'espèce, le fait connu est la remise de l'écrit qui a été dressé par les parties pour avoir une preuve littérale de la créance; le fait inconnu est la libération du débiteur; la loi induit du fait connu une conséquence d'où résulte que le débiteur est libéré. Voici le raisonnement que fait le législateur. Le créancier a un titre qui prouve son droit contre le débiteur; il remet ce titre au débiteur, et il le fait volontairement, c'est-à-dire qu'il marque par là qu'il renonce à toute action contre lui, puisqu'il se dépouille de la preuve qu'il avait contre le débiteur, et il remet cette preuve entre les mains de celui-là même contre lequel il aurait dû prouver son droit; cette impossibilité volontaire où il se met de faire preuve de son droit est une probabilité si forte en faveur de la libération du débiteur que la loi en a fait une présomption. On ne peut guère s'expliquer autrement la manière d'agir du créancier; elle prouve, ou que le débiteur a payé la dette, ou que le créancier la tient pour libéré, en renonçant à son droit.

Quelle est la loi qui régit cette présomption de volonté? Dans l'opinion générale, si on l'applique aux présomptions, il faut dire que c'est la loi du lieu où s'est formée la convention. Mais les motifs que l'on donne en faveur de ce système ne reçoivent pas d'application à l'espèce : on ne peut pas dire que les parties ont eu en vue la présomption de libération qui résulte de la remise volontaire du titre par le créancier au débiteur. Cela est d'évidence quand la remise de la dette se fait à titre gratuit. En effet, au moment où le créancier stipule un droit, et où le débiteur s'oblige, celui-ci ne peut certes pas s'attendre à ce que le créancier lui fasse remise de la dette, et le créancier ne peut avoir l'intention de la remettre, car s'il l'avait, il ne contracterait pas, ou il ferait une donation. Et quand la remise se fait à titre onéreux, c'est une nouvelle convention, également imprévue.

Il faut donc abandonner la loi du lieu de la convention.

Serait-ce là loi du lieu où le créancier a fait la tradition de son titre au débiteur? La présomption se fonde sur l'intention du créancier; or, quel rapport y a-t-il entre la loi du lieu où le créancier remet le titre et la présomption de volonté qui s'attache à cette remise? Si le lieu est fortuit, cela exclut toute influence de la loi qui y existe. Le lieu n'est-il pas fortuit, il faudrait encore voir si le créancier connaît la loi en vertu de laquelle il est présumé renoncer à son droit. Or, régulièrement le créancier ne connaît, ou n'est censé connaître que sa loi personnelle ou nationale : pourquoi n'admettrait-on pas que c'est cette loi-là qui régit la présomption de libération résultant de la remise volontaire du titre que le créancier fait au débiteur? Le débiteur qui oppose cette exception au créancier lui dit : « Vous avez voulu me libérer en me remettant le titre qui constate ma dette; car telle est la conséquence que votre loi personnelle attache au fait de cette remise. Or, vous connaissez cette loi, vous avez donc dû avoir l'intention qu'elle vous suppose; sinon vous ne m'auriez pas fait la remise ».

51. Le code civil établit des présomptions pour déterminer la filiation des enfants légitimes; d'abord la présomption que toutes les législations admettent, à savoir que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari de la mère (art. 312); puis des présomptions sur la durée de la grossesse qui ont pour objet de prouver que l'enfant est conçu pendant ou avant le mariage, ou après sa dissolution (art. 314 et 315). Quelle est la loi qui régit ces présomptions? Elles ont été établies en faveur de la filiation légitime; la légitimité est si favorable, que le législateur se contente parfois d'une présomption qui n'est qu'une fiction, à l'effet de prouver que l'enfant appartient au mariage dont il se prétend issu. M. Brocher en conclut que les présomptions de la loi, en cette matière, ont un lien intime avec l'état de l'enfant, et dépendent par conséquent de sa loi personnelle. C'est cette loi qui régit l'état, elle doit régir aussi les présomptions que la loi établit pour le prouver, car sans ces présomptions l'enfant serait dans l'impossibilité de prouver son état; la preuve est, dans ce

cas, l'accessoire nécessaire du droit. Il ne peut guère s'agir d'une autre loi. Serait-ce celle du lieu où l'enfant vient à naître? Ce lieu n'a pas de rapport avec l'état de l'enfant, il peut être purement fortuit. Serait-ce le lieu où le mariage s'est célébré? D'ordinaire cette loi est aussi la loi personnelle des époux et de l'enfant, et alors il n'y a pas de question. On peut objecter que l'enfant qui se fonde sur les présomptions légales pour prouver sa filiation paternelle, n'a pas encore de filiation certaine, et que n'ayant pas de filiation, il n'a point de statut personnel. L'objection ne tient pas compte des circonstances dans lesquelles les présomptions reçoivent leur application. Pour que l'enfant puisse se prévaloir des présomptions qui établissent sa filiation paternelle, il doit avant tout prouver sa filiation maternelle, or, dès que celle-ci est constante, l'enfant a un statut personnel, celui de sa mère, et c'est ce même statut qu'il invoquera pour prouver sa filiation paternelle par voie de présomption.

52. Le code civil range parmi les présomptions légales celles que la loi établit pour en déduire la propriété (art. 1350, n° 2). Telles sont les présomptions qui déterminent la mitoyenneté ou la non-mitoyenneté des murs qui séparent deux bâtiments (art. 653 et 654). Les auteurs (1) s'accordent à dire que ces présomptions dépendent du statut réel. On peut citer le texte même du code à l'appui de cette opinion. L'article 3 dit en termes absolus que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Tout statut immobilier est donc réel. Telle est la tradition française. J'ai combattu le principe trop absolu, à mon avis, qui répute réelle toute loi, par cela seul qu'elle concerne un immeuble; dans la théorie que j'ai proposée, la réalité du statut dépend de la souveraineté, or, la souveraineté n'est en cause que lorsqu'il y a un intérêt social à sauvegarder. En fait, les deux doctrines aboutissent le plus souvent au même résultat, puisque la plupart des statuts immobiliers concernent les droits et les intérêts de la société. Dans

(1) Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p. 346.

l'espèce, il en est ainsi. Il s'agit de la mitoyenneté que la loi place parmi les servitudes légales ; or, ces servitudes ont toutes pour objet un intérêt public : c'est la propriété modifiée par les besoins de la vie commune. Je renvoie à ce que j'en ai dit ici même.

Il y a encore d'autres présomptions légales qui dépendent du statut réel. M. Brocher pose en principe que les présomptions qui ne sont qu'un accessoire d'une loi réelle doivent avoir la même nature que le principal ; c'est l'application d'un principe de droit commun. Telles sont d'abord les présomptions de survie, en matière de succession. Dans la théorie du code civil, telle que la cour de cassation l'interprète, tout ce qui concerne les successions est réel, même la capacité requise pour succéder, et la première condition est d'exister lors de l'ouverture de la succession ; donc les présomptions de survie sont une dépendance du statut réel. Dans mon opinion, tout en admettant le système traditionnel de la réalité du droit de succession, il faut faire une exception pour la capacité de succéder, la capacité ayant toujours été considérée comme dépendant du statut personnel, même dans l'ancien droit.

Le code établit des présomptions au titre des *Donations et Testaments*, dans le but de prévenir les fraudes par lesquelles les donateurs et testateurs cherchent à éluder les incapacités que le législateur établit. Ces incapacités ont un lien intime avec l'ordre des successions que la loi établit ; elles se rattachent donc au droit héréditaire, dont, à vrai dire, le titre des *Donations et Testaments* est une annexe. Cela conduit à la conséquence que les présomptions des articles 911 et 1100 forment des statuts réels, par application du principe de l'accessoire (1).

Je ne dis rien de la prescription, puisque je compte terminer mon travail par une Etude sur cette importante matière.

53. Dans le système du code civil, toutes les présomptions légales n'ont pas la même force probante. La règle est qu'elles peuvent être combattues par la preuve

(1) Brocher, *Droit international privé*, p. 293 et 294.

contraire; par exception, il y en a qui forment une preuve absolue, que rien ne peut ébranler. Cette théorie est très contestable; toute preuve, en principe, admet la preuve contraire, par la raison très simple qu'aucune n'est l'expression de la vérité absolue. Cela est vrai de la plus forte des preuves, le titre authentique; alors même que l'acte notarié fait foi complète, on peut le combattre par l'inscription en faux, et quand on conteste, non le fait matériel, mais le fait moral, c'est-à-dire, la vérité des faits juridiques constatés par l'acte, toute preuve contraire est admise. La loi peut-elle attacher plus de foi à un simple raisonnement par lequel le législateur déduit d'un fait connu une conséquence concernant la preuve d'un fait inconnu? Le législateur serait-il par hasard infaillible? Le code civil a tenu compte de ces considérations en permettant d'invoquer l'aveu et le serment contre les présomptions qui, en général, n'admettent pas de preuve contraire. Sur ce point le législateur italien (art. 1353) s'est écarté du code français; toutes les présomptions légales sont absolues, à moins que la loi elle-même qui établit la présomption n'autorise la preuve contraire. C'est, à mon avis, exagérer le défaut que l'on peut reprocher au code Napoléon, en cette matière. Toujours est-il qu'il en résulte un conflit en ce qui regarde la force probante des présomptions légales. Quelle est la loi qui le videra? Est-ce la loi du for compétent, ou est-ce la loi du lieu qui crée la présomption? Il me semble que la force probante de la présomption est inséparable de la présomption même; c'est dans sa force probante que consiste l'avantage d'une preuve, si on veut lui donner ce nom, qui dispense de toute autre preuve, et qui dans certains cas, et d'après certaines lois, n'admet pas même la preuve contraire. Quant à la loi du for, on doit l'écarter, car la question de savoir si telle présomption admet ou n'admet pas la preuve contraire, et en quel sens la preuve contraire n'est pas admise, ne concerne pas les formes de procéder.

§ V. — *Du serment.*

51. Qu'est-ce que le serment? Il est assez étonnant

que les auteurs qui examinent la question de savoir quelle loi régit le serment ne se demandent pas avant tout quelle est la nature du serment? Est-ce un acte religieux? est-ce un acte civil? La nature du statut en dépend. Si c'est un acte religieux, on doit dire qu'il n'y a pas de loi qui en détermine la forme, car la loi ne peut pas imposer une religion, tout dépend de la foi de celui qui prête le serment; et conçoit-on que le législateur intervienne pour commander une foi quelconque à celui qui est appelé à prêter un serment? Cela se comprenait jadis quand la tyrannie religieuse, la plus odieuse de toutes, régnait partout. Cela ne se comprend plus aujourd'hui, sous l'empire de nos constitutions qui proclament la liberté religieuse. Quand cette liberté est complète, il ne peut plus être question d'un serment religieux obligatoire, ni d'un statut du serment. Si l'on considère le serment comme un acte civil, la loi peut en déterminer la forme. Mais si les lois diffèrent, si telle loi prescrit encore un serment religieux, tandis qu'une autre fait du serment un acte purement civil, quelle loi suivra-t-on? la loi du *for?* la loi du *lieu?* la loi personnelle ou nationale? A mon avis, le serment forme un statut réel. Je commence par examiner la nature du serment.

55. Pothier définit le serment « un *acte religieux* par lequel une personne déclare qu'elle se soumet à la *vengeance de Dieu*, ou qu'elle renonce à sa miséricorde, si elle n'accomplit pas ce qu'elle a promis; c'est ce qui résulte de cette formule : *Ainsi Dieu me soit en garde* ou en *aide: Je veux que Dieu me punisse si je manque à ma parole* (1) ». Dans cette opinion, le serment est un acte religieux de son essence. Tel est l'avis d'Aubry et Rau, les excellents éditeurs de Zachariæ; ils vont même jusqu'à dire que le serment, considéré comme une simple déclaration civile, serait un non-sens (2).

Il y a une autre opinion. Ce qu'il faut voir dans le serment, dit Cicéron, c'est la force qu'il a, ce n'est pas la *crainte* qu'il inspire. Que la *colère* des *dieux* soit un *vain*

(1) Pothier, *Des Obligations*, n° 103.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 345, notes, § 752.

mot, soit; mais il est ici question de *bonne foi* et de *justice*. En ce sens, Cicéron appelle le serment une affirmation *religieuse;* il identifie la religion avec la morale; l'affirmation qu'il appelle religieuse puise son autorité et trouve sa sanction dans la conscience; il écarte la *crainte* que pourrait inspirer la *colère* des *dieux*, tandis que c'est dans la vengeance divine que Pothier cherche la force du serment. La religion de Pothier, c'est la crainte de l'enfer; la religion de Cicéron, c'est le sentiment du devoir indépendant de toute peine et de toute récompense (1).

La doctrine de Cicéron est celle de la philosophie, ce qui n'exclut pas la religion, mais la religion qui s'allie à la philosophie est celle qui s'identifie avec la morale. Est-ce qu'un serment qui serait dicté par la conscience ne serait qu'un vain mot? Je dirai plutôt que le serment dont l'essence consiste dans la crainte de l'enfer est un vain mot et un danger, car bientôt les enfants ne croiront plus aux peines éternelles; que deviendra alors l'autorité du serment, s'il n'a d'autre fondement et d'autre sanction que ces peines?

La question a encore une autre face. En France, le serment ne se prête plus avec une formule religieuse; il est donc purement civil, quoi qu'en disent les auteurs. S'il était religieux, il devrait contenir une pensée religieuse, la crainte de la vengeance divine, comme le dit Pothier. Ce serait un serment que les catholiques seuls et les juifs, et les protestants orthodoxes pourraient prêter; les libres penseurs, et les protestants libéraux, ni même les juifs dont les sentiments se rapprochent de la libre pensée, ne pourraient prêter un serment qui ne voit dans la religion que la crainte de l'enfer. Mais par cela seul que le serment, dit religieux, est une profession de foi catholique, la loi ne peut plus l'exiger dans les pays où l'ordre civil est sécularisé. Voilà pourquoi le serment se prête en France, par ces simples mots : *Je le jure*. Il en devrait être de même en Belgique, et à plus forte raison, car notre Constitution proclame la liberté religieuse la plus

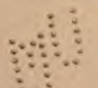
(1) Cicero, *De officiis*, III, 29.

absolue, et en un certain sens l'indépendance de l'Eglise et de l'Etat; elle va jusqu'à séculariser le mariage, et si le mariage, qui est un sacrement, n'est plus, aux yeux de la loi, qu'un acte purement civil, comment le serment continuerait-il à être un acte religieux, impliquant la profession du catholicisme?

Cependant un arrêté du 4 novembre 1814 a prescrit la formule suivante pour le serment que les témoins doivent prêter : « Je le jure, ainsi m'aident *Dieu* et *tous les saints.* » C'était la formule usitée en Belgique avant l'occupation française. Ceux qui la rétablirent oubliaient la révolution de 1789, et les nouveaux principes qu'elle a consacrés. Cet arrêté est-il encore obligatoire? La cour de cassation et les cours d'appel se sont prononcées pour le serment religieux, en le réduisant à la formule la plus simple, l'invocation de Dieu. J'ai combattu cette jurisprudence; ce n'est pas ici le lieu de renouveler le débat, je renvoie à mes *Principes de droit civil* sur tout ce que je viens de dire (1). Le nouveau code de procédure consacrera les vrais principes; tel est du moins le projet, élaboré par la commission, il sécularise le serment, comme notre Constitution a sécularisé le mariage. Il nous faut voir maintenant quelle est l'influence des idées nouvelles sur la loi qui régit le serment.

56. Fœlix commence par constater que le serment appartient au *décisoire;* il y a même un serment qui porte ce nom, celui que l'une des parties défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause (C. Nap., art. 1352). C'est une transaction forcée, puisque la partie à laquelle il est déféré doit le prêter, ou le refuser, sinon elle succombe dans sa demande ou dans son exception (art. 1361); la transaction, en toute hypothèse, met fin au procès, il n'y a même plus lieu à appel. En ce sens la délation du serment décide la contestation. Le serment peut aussi être déféré d'office par le juge; on appelle ce serment *supplétoire*, parce que le juge ne peut le déférer que lorsque la demande n'est pas totalement dénuée de

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XX, nº 222-229.



preuve. La loi dit aussi que ce serment est déféré pour en faire dépendre la décision de la cause (art. 1366); toutefois ce n'est pas une transaction, il ne met donc fin qu'à l'instance dans laquelle il est prêté; mais il y a lieu à appel, et en appel, le serment peut ne pas être déféré. Toujours est-il que le serment supplétoire, aussi bien que le serment décisoire, n'appartient pas à la procédure; il décide le procès, donc il fait partie des preuves. Or, dans l'opinion générale, la preuve d'un fait est établie conformément à la loi du lieu où le fait s'est passé; Fœlix applique ce principe au serment, en ce sens qu'il doit être prêté d'après la formule prescrite par la loi du lieu; si le serment n'est pas prêté d'après la formule de la loi du lieu, il est inefficace, et ne fait pas foi.

Fœlix cite comme exemples la formule française et la formule prussienne. En France, la loi ne prescrit aucune invocation religieuse; le témoin jure seulement de dire la vérité (C. de proc., art. 262). Il en est de même du serment que prêtent les parties. La loi prussienne prescrit des formules différentes selon que le serment doit être prêté par un chrétien ou par un juif; prêté dans une autre forme, par exemple dans celle que prescrit le code français, le serment ne ferait pas foi en Prusse (1). Le cas peut se présenter quand le serment est prêté en suite d'une commission rogatoire; j'y reviendrai.

M. Massé qualifie cette opinion d'erreur; il dit qu'en général le serment ordonné ou autorisé par le juge et prêté en justice doit être prêté dans la forme prescrite par la *loi du for*, parce qu'il s'agit de la forme de procéder. Cela est très contestable quant au principe. M. Massé a raison dans ce qu'il dit pour combattre la *loi du lieu* que Fœlix applique en cette matière. Il suppose qu'une partie doive prêter serment sur plusieurs faits qui se sont passés dans des lieux différents, soumis à des lois diverses en ce qui concerne la formule du serment; il en résulterait que la partie devrait prêter serment en autant de formes différentes qu'il y aurait de faits à attester, ce que l'on ne peut

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 459, suiv.

guère soutenir sérieusement (1). J'ajoute que la *loi du lieu* manque de base, dans l'espèce. Si l'on pose en principe que cette loi détermine la preuve, c'est parce que les parties ont dû avoir la loi en vue, en contractant; c'est pour elles un droit qu'il serait injuste de leur enlever. Cela est vrai quand il s'agit de preuves proprement dites : la preuve testimoniale, la preuve littérale. Mais le serment n'est pas une preuve; c'est une garantie qu'une affirmation est conforme à la vérité; si la partie prête un faux témoignage, elle sera punie comme parjure; là où le serment a une couleur religieuse, la sanction paraît plus forte, puisqu'elle consiste dans les peines éternelles de l'enfer, ce que Pothier appelle la vengeance de Dieu. Peut-on dire que les parties en contractant ont eu en vue le serment? Non, certes, si elles y avaient pensé, elles se seraient procuré une preuve littérale, ou elles n'auraient pas contracté; car la délation du serment suppose que la partie à laquelle le serment est déféré commence par nier sa dette. Le serment est donc étranger aux conventions des parties; c'est une dernière ressource que la loi offre à la partie qui n'a pas de preuves.

Est-ce à dire que le serment soit une forme de procédure? De ce que le serment se prête en justice on ne peut pas conclure que c'est une forme de procéder; car les témoins aussi sont entendus en justice, et les actes sous seing privé mêmes donnent lieu à une procédure judiciaire, quand l'écriture en doit être vérifiée. Toute preuve se fait en justice, et a pour objet d'éclairer le juge, donc toute preuve devrait dépendre de la loi du for.

57. M. Massé ajoute une restriction, qui soulève la véritable difficulté concernant la loi du serment. Il dit que le serment n'est pas un acte purement civil, que c'est de plus un acte religieux; l'homme appelé à le prêter peut ne vouloir s'y astreindre qu'en observant la formule prescrite ou admise par sa religion. Cela veut-il dire que la formule religieuse est facultative? S'il est vrai que le serment est un acte religieux, la religion devient un élément essentiel

(1) Massé, *Droit commercial*, t. II, p. 47, n° 775.

du serment, sans lequel l'affirmation ne présente plus aucune garantie, et il faut dire que la formule religieuse, si les lois en prescrivent une, comme en Prusse, est obligatoire. Ici surgit la question dont j'ai dit un mot, au début de cette Etude. La religion, là où elle est en cause, est le plus grand des intérêts sociaux; elle absorbe les intérêts civils, et détermine aussi la nature du statut qui régit le serment. On dit qu'une loi est réelle quand elle concerne les bonnes mœurs; or, la religion et la morale sont étroitement unies, le lien est surtout intime dans le serment, puisque l'invocation de la Divinité et la crainte de sa vengeance déterminent les plaideurs ou les témoins à dire la vérité, et par conséquent deviennent une garantie de leur moralité. Je conclus que la loi du serment est réelle. C'est au législateur de chaque pays à déterminer la formule du serment, selon l'état moral et religieux de la nation. Si les hommes sont bien convaincus que la vengeance de Dieu les attend quand ils prêtent un faux serment, il faut frapper leur imagination de terreur, et exiger, comme le fait le Talmud, que le serment soit prêté dans le temple, la main sur les livres sacrés, avec des imprécations contre le malheureux qui oserait se parjurer. Mais est-on bien sûr que la crainte de l'enfer soit une garantie de moralité? La morale est compromise du moment qu'elle devient un calcul. Celui qui ne dit la vérité que pour échapper aux peines éternelles, se parjurera sans scrupule, du moment où il ne croira plus à l'enfer. Au lieu de développer le sens moral, on le vicie; il faut apprendre aux hommes à dire la vérité, parce que c'est la vérité, et à remplir leurs devoirs, parce que ce sont des devoirs. C'est l'élément philosophique du débat. De quelque manière qu'on le considère, la morale est en cause, et elle y joue le grand rôle; la conclusion est que la loi du serment est réelle.

Sous l'empire de la Constitution belge, cela me paraît évident. Un juif est appelé à prêter serment. Peut-on le forcer à le prêter d'après le Talmud? Il n'y a plus de Talmud aux yeux de la loi civile, il n'y a plus de juif talmudiste; il n'y a que des citoyens, pour mieux dire, des

hommes, car les étrangers jouissent de la liberté religieuse aussi bien que les Belges. Et la liberté religieuse, telle que l'entend notre Constitution, n'est pas seulement la liberté des cultes, c'est aussi la liberté philosophique. Le juge n'a pas le droit de demander au témoin ou au plaideur à quelle religion il appartient pour lui imposer un serment religieux; la partie intéressée peut répondre qu'elle ne professe aucune religion, et que personne n'a le droit de lui en imposer une. Le Prussien qui comparaît en justice peut faire la même réponse; de même que le prêtre catholique peut se présenter devant l'officier de l'état civil pour contracter mariage, parce qu'il n'y a plus de prêtres; et s'il n'y a plus de prêtres, comment veut-on qu'il y ait des fidèles? La libre pensée et la religion vont de pair, et un jour elles se donneront la main; alors il y aura une vraie religion, parce qu'elle se confondra avec la morale, et une vraie morale, puisqu'elle aura pour base la religion.

§ VI. — *Des commissions rogatoires.*

58. Il y a lieu parfois, dans le cours d'une instance, de procéder à un acte judiciaire dans un pays étranger. Le serment nous en offre un exemple. Le demandeur défère le serment devant un tribunal d'Allemagne au défendeur qui se trouve à Paris. Si, sur une citation, le défendeur ne comparaît pas, il ne reste qu'à envoyer une commission rogatoire au tribunal français, qui recevra le serment. Il en est de même si un témoin doit être entendu dans une enquête ouverte en France, alors que le témoin habite l'Amérique; la voie la plus simple de recevoir la déposition, c'est de s'adresser au tribunal américain. Ces communications entre les tribunaux des divers pays sont une image de la solidarité des peuples dans l'administration de la justice. J'ai vivement combattu l'isolement dans une matière où toutes les nations devraient se tendre la main pour assurer l'empire du droit sur la terre (1). Les

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, p. 24, § II.

commissions rogatoires elles-mêmes éprouvent quelque résistance. Il va sans dire que le juge étranger n'est pas tenu d'accepter la commission qu'on lui adresse; le principe de l'indépendance des nations s'y oppose. Mais la conséquence à laquelle aboutit cette indépendance, le déni de justice, ne devrait-elle pas engager la diplomatie à intervenir pour réaliser, dans le domaine des intérêts privés, la sainte alliance des peuples, chantée par Béranger? Peut-il être question d'indépendance quand la justice est en cause? Ce serait une indépendance digne des temps antiques où l'homme était un loup pour l'homme.

La cour de Bruxelles a refusé d'accéder à la demande d'une commission rogatoire que l'une des parties sollicitait. Dans l'intérieur du royaume, dit-elle, on conçoit que le juge soit tenu de faire droit à une commission par laquelle on le prie de mettre à exécution quelque ordonnance de justice, ou d'informer sur quelque fait, puisque l'invitation est censée faite au nom du souverain commun et pour le plus grand bien de l'administration de la justice; tandis qu'un juge étranger, rendant la justice au nom d'un autre souverain, n'est aucunement tenu de déférer à une pareille réquisition, et pourrait s'y refuser, si elle lui était adressée (1). Voilà bien l'égoïsme national, qui rappelle les temps de barbarie où, à défaut de traités, il n'y avait aucun lien entre les peuples, pas même d'humanité et de justice. La cour de Bruxelles se trompait en affirmant que les commissions rogatoires ne sont pas usitées de nation à nation. Nous avons la formule de ces lettres dans Denizart : « Nous vous prions de..., comme nous ferions le semblable pour vous, si par vous nous étions priés et requis. » En Allemagne il existe une formule analogue. Les commissions rogatoires, dit Fœlix en 1842, sont aujourd'hui très fréquentes entre les tribunaux des divers pays de l'Europe. Il n'y a que les juges anglais et ceux des Etats-Unis qui n'en adressent pas aux tribunaux étrangers. On s'y prend d'une étrange façon pour suppléer

(1) Bruxelles, 18 octobre 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 257).

au défaut de relations régulières. Les cours anglo-américaines délèguent un ou plusieurs magistrats pour se rendre sur les lieux, à l'effet d'entendre les témoins, ou de recevoir un serment. Qui donne à de simples particuliers le droit de faire des actes d'instruction judiciaire? Et si les témoins refusent de comparaître ou de déposer? Fœlix dit très bien que le souverain territorial aurait le droit de s'opposer à l'exécution de ces actes d'instruction judiciaire, parce que c'est un empiétement sur l'indépendance des Etats, le pouvoir judiciaire, avec tous ses attributs, ne pouvant être exercé que par l'Etat et en son nom par les magistrats constitués à cet effet (1). Ainsi les Anglo-Américains, qui ne pratiquent pas les commissions rogatoires par respect pour l'indépendance des nations, violent leur souveraineté, en se constituant eux-mêmes juges de leur autorité privée!

59. Une première question se présente sur les commissions rogatoires. Le juge auquel elles sont adressées est-il le délégué, c'est-à-dire le mandataire de celui qui le prie de procéder à un acte d'instruction? Si l'on applique les principes du mandat, il en faudrait conclure que le juge délégué doit suivre la loi du juge délégant, puisque c'est le mandant qui agit par l'intermédiaire du mandataire et, dans l'espèce, le délégant est tenu de se conformer à la loi en vertu de laquelle il fait un acte d'instruction. Je crois que cette manière de considérer les lettres rogatoires n'est pas exacte. Il ne faut pas étendre aux relations de droit public les règles qui régissent les rapports d'intérêt privé. On conçoit que le mandataire représente le mandant, mais on ne comprend pas qu'un tribunal français représente un tribunal allemand; l'ordre des juridictions est nécessairement territorial. D'après notre Constitution, les tribunaux forment un des grands pouvoirs auxquels la nation délègue sa souveraineté; c'est donc la nation qui juge, comme c'est elle qui porte les lois. Or, peut-on dire d'une nation qu'elle est le représentant d'une autre nation? Ici le principe de l'indépendance nationale reprend son

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p 462-464, nos 239-241.

empire. Le juge qui reçoit une commission rogatoire et qui l'accepte agit comme juge, et, comme tel, il doit observer la loi territoriale qui l'a constitué. C'est d'après cette loi qu'il est tenu de procéder pour entendre les témoins ou pour recevoir le serment (1).

Il y a deux arrêts contraires des parlements de Toulouse et de Paris. Ils ont décidé que le juge délégué ne procédant qu'en vertu de la juridiction qui lui est attribuée, il n'use pas de sa propre juridiction, mais de celle de la cour qui l'a commis et député. Sur cette jurisprudence, Bouhier dit : « Je ne sais si ces compagnies ne furent pas en cela un peu trop pointilleuses, car le commissaire étranger ne pouvait guère suivre un style qu'il n'était point obligé de connaître. Quand on dit que le juge délégué est tenu de procéder dans la même forme que celui qui le délègue, cela ne saurait raisonnablement s'entendre du cas où le délégué demeure dans un pays étranger, où les formes sont différentes (2). » Boullenois abonde dans ce sens (3). Aucun des deux critiques n'a attaqué la jurisprudence dans son principe ; il fallait nier que le juge commis fût le mandataire du juge délégant. Son action est mise en mouvement par la lettre rogatoire, mais une fois qu'il est saisi par la demande émanée d'un tribunal étranger, il doit procéder d'après les formes auxquelles il est soumis, de même qu'il est tenu de les suivre quand il est *saisi* par l'action d'un particulier.

60. Le débat a été renouvelé sous l'empire du code Napoléon, à l'occasion du serment qui devait être prêté en France sur des lettres rogatoires émanées d'un tribunal allemand. Voici les faits tels qu'ils sont rapportés par Fœlix.

Dans un procès engagé devant le tribunal de commerce de Cologne (Prusse rhénane) entre deux négociants juifs de Paris, demandeurs, et un négociant de Cologne, dé-

(1) Comparez Mittermaier, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XIII, p. 309 et suiv.

(2) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXVIII, nos 90-93.

(3) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 546.

fendeur, le serment fut déféré aux demandeurs. Le tribunal allemand adressa une commission rogatoire aux juges consulaires de Paris, à l'effet de recevoir le serment d'après le rite talmudique. Le négociant de Cologne demanda que le serment fût prêté d'après la loi en vigueur à Cologne. Le tribunal de commerce ordonna que, conformément aux prescriptions de la loi juive, les demandeurs prêteraient le serment en justice, la main levée sur le décalogue (1).

La décision n'est pas franche. Si le tribunal de la Seine entendait appliquer la *loi du for*, il aurait dû rejeter le serment religieux des juifs que la loi française ignore, et prescrire le serment d'après la formule du code de procédure. Si, au contraire, il voulait soumettre les juifs au serment talmudique, il fallait le prendre tel qu'il est pratiqué en Allemagne, d'où lui venait la commission rogatoire. Or, dans la croyance des juifs allemands, le serment n'est valablement prêté qu'au sein de la synagogue; tout autre serment n'est pas considéré par eux comme obligatoire. De sorte que les juges consulaires inventaient un nouveau serment, en dehors de la religion et en dehors de la loi, moitié religieux, moitié civil. Cela est arbitraire.

61. Le tribunal de commerce de Paris a rendu un second jugement sur la même question, sur une commission rogatoire émanée de la cour de Bruxelles, qui demandait aux juges consulaires de recevoir le serment de J. Laffitte, dans un procès qu'il soutenait en Belgique. La partie adverse demandait que le serment fût prêté, ainsi qu'il est d'usage en Belgique, pour mieux dire, conformément à l'arrêté-loi de 1814, dans les termes suivants : « Je le jure. Ainsi Dieu m'aide et ses saints. » Le tribunal commence par décider, en droit, que les juges français ne peuvent être assujettis à recevoir un serment que dans les formes ordinaires et accoutumées, et suivant les usages du royaume. Après avoir établi le principe, le tribunal s'en écarta. Laffitte avait déclaré qu'il acceptait la formule

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 480 (4e édit.). Jugement du 29 octobre 1829.

que la partie adverse proposait. En conséquence, le tribunal ordonna que le sieur Laffitte serait admis à prêter serment tel qu'il était requis (1).

Je ne sais si cette décision est correcte. En principe les preuves s'adressent au juge qu'elles sont destinées à éclairer, elles ne dépendent pas des parties qui sont en cause. Si la loi prescrit une formule religieuse ou civile pour le serment, le juge est obligé de l'ordonner, et la partie à laquelle le serment est déféré doit le prêter, sous peine de succomber. Lorsque le serment est prêté sur des lettres rogatoires, il se présente une difficulté : faut-il appliquer la *loi du for*, ou la loi du lieu où le serment a été requis? Le tribunal de Paris ne répond pas directement à la question; il semble cependant se prononcer pour la loi du for; dès lors il devait ordonner la prestation du serment d'après la loi française. Qu'importe que la partie requise consentît à prêter le serment dans la formule prescrite en Belgique ; son consentement ne pouvait avoir pour effet de rendre légale en France une formule imposée par une loi belge.

62. La jurisprudence du tribunal de commerce a donné lieu à une controverse entre les auteurs français. Fœlix critique les deux décisions concernant la formule du serment que les juifs devaient prêter en France. Il dit que le serment requis par lettres rogatoires devait être prêté, dans la première espèce, conformément à la loi prussienne, laquelle exige que les juifs prêtent serment dans la synagogue; et dans la seconde, d'après les formes usitées en Belgique. C'est l'application de la règle admise par Fœlix : le serment, comme toute preuve, dépend de la loi du lieu où le contrat est passé.

M. Massé combat le principe même en vertu duquel Fœlix critique la jurisprudence française : « La commission rogatoire, quand elle est acceptée par le juge commis, ne change pas la nature de ses obligations. Il se charge d'une instruction requise par un juge étranger, mais il ne s'en charge qu'à la condition d'y procéder sui-

(1) Jugement du 9 août 1833 (Massé, *Droit commercial*, t. II, p. 56).

vant la loi territoriale qui seule peut et doit lui servir de guide (1). »

63. Les auteurs français ne discutent point la question religieuse, dont j'ai dit un mot au début de cette Etude. Cependant elle s'impose au jurisconsulte. Bonnier a raison de dire qu'il y a des superstitions en cause (2); ce qu'il appelle superstition, les parties intéressées l'appellent religion, et c'est bien là la signification qui s'attache à ce que l'on nomme la religion du serment. Aubry et Rau disent que le serment est un acte essentiellement religieux; telle est en effet la tradition, dont la législation prussienne est une fidèle expression. Elle distingue, et établit une formule différente pour le serment, selon les diverses confessions religieuses. Le serment déféré à un israélite doit être prêté dans la synagogue, entre les mains du rabbin. Le serment des chrétiens commence par ces mots : « Je jure par Dieu, tout-puissant et omniscient. » Cela ne suffit point aux scrupules religieux. Le serment se termine par une formule que l'on peut qualifier de superstition. Ceux qui appartiennent à la confession protestante ou réformée disent : « Ainsi Dieu m'aide et son *saint Evangile.* » Pour les catholiques, la formule est ainsi conçue : « Ainsi Dieu m'aide et *ses saints* » (3).

Pourquoi l'invocation de *Dieu tout-puissant et omniscient* ne satisfait-elle point la conscience des croyants? C'est qu'il y a un élément superstitieux dans les religions du passé. Le protestant et le réformé mettent le *saint Evangile* sur la même ligne que la foi en Dieu; et aux catholiques il faut l'*invocation* des *saints* pour que leur serment soit religieux. Tout autre serment, donc une affirmation purement civile, ne serait pas un serment. Aubry et Rau le disent. Mais je demanderai à ces excellents jurisconsultes ce que devient la religion du serment pour les protestants avancés ou libéraux, aux yeux desquels les Evangiles ne sont pas plus saints que les Védas? Que dire des catholiques qui ne croient plus aux saints?

(1) Massé, *Droit commercial*, t. II, p. 56, suiv., n° 785 (2e édit.)
(2) Bonnier, *Des Preuves*, t. II, n° 935.
(3) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 478 et 481.

Il est d'évidence que la religion du serment, comme toute religion, se transforme. Vainement les légistes restent-ils attachés à une foi qui s'écroule, c'est une fiction, et la sainteté du serment peut-elle reposer sur une fiction? La solution paraît très simple, c'est de séculariser le serment, en se contentant d'une affirmation en justice, qui aura pour sanction la conscience, et au besoin le code pénal. Mais la sécularisation se heurte contre la superstition qui vicie les consciences. Les vrais croyants, c'est-à-dire ceux qui confondent la religion avec la superstition, ne se croiront pas liés par un serment civil, comme on dit que les vieux juifs ne se croient pas liés par un serment prêté hors de la synagogue, fût-ce sur leurs livres saints. Voilà la funeste influence des religions dites révélées : les croyants identifient si bien leurs superstitions avec la morale, qu'en dehors de la superstition il n'y a plus de morale. Le mal est grand, et il règne dans toutes les relations de la société. Il n'y a qu'un remède, lent mais infaillible, c'est une instruction et une éducation qui soient l'une et l'autre essentiellement morales.

CHAPITRE II. — Les incapables.

64. L'incapacité joue un grand rôle dans notre science. C'est sur l'état des personnes et la capacité ou l'incapacité qui en résultent, que les glossateurs ont élevé une science nouvelle. Dans les pays féodaux, toute coutume était réputée réelle; c'est-à-dire souveraine, et cette souveraineté embrassait tout, les personnes et les choses qui se trouvaient sur le territoire. Les jurisconsultes italiens commencèrent par réclamer contre cette souveraineté absolue, au nom de la capacité ou de l'incapacité; le statut personnel finit par être admis partout, mais non sans résistance et sans restriction; les Anglo-Américains résistent encore aujourd'hui. Cependant la personnalité gagne; au dix-huitième siècle, la doctrine et la jurisprudence allemandes ont déserté la réalité dans une matière où elle régnait en maîtresse, les successions, et cette conquête a été consacrée par le code italien; elle fera le tour du monde. J'ai essayé

d'étendre la personnalité aux lois qui régissent les immeubles, comme on l'admet depuis des siècles pour les meubles, tout en réservant à la souveraineté territoriale le domaine qui lui appartient dans l'ordre des intérêts sociaux. Mes Etudes sont donc remplies de la lutte de la personnalité et de la réalité des statuts ; c'est dire que les incapables y ont une large place. J'ai commencé par suivre, dans mon Introduction, la marche historique des idées, puis j'ai établi les principes généraux sur les lois personnelles et les lois réelles. Après cela je me suis engagé dans le labyrinthe des questions d'application. Ceux qui s'étonnent de voir les mêmes idées revenir sans cesse ne se font pas une idée des difficultés d'une science qui est seulement en voie de se former, et ils ne comprennent pas l'importance capitale que l'histoire a dans le droit civil international ; à vrai dire, notre science n'est encore que de l'histoire. Les lecteurs qui ont bien voulu me suivre jusqu'ici savent que j'ai épuisé à peu près la matière des incapacités, et les autres pourront s'en convaincre en jetant les yeux sur la table des matières très développée qui se trouve à la fin de chaque volume. L'incapacité des femmes mariées, la tutelle des mineurs et des interdits, la curatelle des mineurs émancipés, des prodigues, des faibles d'esprit, les droits des administrateurs, ont été largement traités ; et si je n'ai pas tout dit, c'est qu'il est impossible de tout dire, sur les conflits sans fin qui s'élèvent journellement comme le flot montant de la mer ; j'ai dû limiter mes Etudes, en m'attachant aux questions qui ont un intérêt pratique ; car il ne faut jamais oublier que le droit est une face de la vie et non une abstraction. Il me reste à compléter mes Etudes, en ce qui concerne les mineurs et certaines incapacités spéciales établies par le droit civil.

§ Ier. — *Des mineurs.*

N° 1. LE STATUT DES MINEURS.

65. Si l'âge fixé pour la majorité était partout le même, une grande partie des difficultés qui font de notre science

un océan de doutes, disparaîtraient. Dans l'ancien droit, il y avait conflit d'une coutume à l'autre ; aujourd'hui il n'existe plus qu'entre Etats souverains. Une autre source de collisions a tari. Jadis il y avait des coutumes qui fixaient la majorité à vingt ans et même en dessous ; puis il y avait une majorité féodale qui, comme celle des princes, s'ouvrait à quinze ans ou au-dessous de cet âge. La féodalité n'existe plus que dans l'histoire, et les hommes ne sont plus majeurs avant vingt et un ans. La majorité précoce était une mine de procès : était-ce une vraie majorité, époque de capacité générale, ou était-ce une espèce d'émancipation, ne conférant au prétendu majeur qu'une demi-capacité? Cela était controversé et douteux.

Nous sommes délivrés de ces doutes. L'âge de la majorité le plus avancé est celui de vingt et un ans que le code Napoléon a admis et répandu dans l'immense empire sur lequel s'étendait la domination impériale; il a été maintenu en Belgique et dans les provinces rhénanes détachées de la France, ainsi que par la plupart des codes faits sur le type du code français ; le code des Pays-Bas est le seul qui ait reculé la majorité jusqu'à vingt-trois ans. L'âge de vingt et un ans, comme époque à laquelle on est capable de tous les actes de la vie civile, est entré dans nos mœurs ; je doute que nos législateurs suivent l'exemple de la législation néerlandaise, quand on revisera le code civil. Viennent ensuite des lois qui depuis longtemps ont dépassé la limite de vingt et un ans : telles que la *common-law* anglo-américaine, qui consacre la limite de vingt-deux ans. Les vieilles lois de Prusse et d'Autriche prolongeaient la minorité jusqu'à vingt-quatre ans ; les lois de Wurtemberg, de Hanovre, de Danemark, d'Espagne et de Portugal ont seules jusqu'à nos jours conservé l'âge de vingt-cinq ans (1). La diversité des lois est encore grande; toutefois il y a une tendance à se rapprocher de la majorité française ; le code italien l'a adoptée, de même qu'une loi récente du Wurtemberg (7 mars 1873), et j'ai déjà dit qu'elle a été introduite, comme règle générale,

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 204, note 1.

dans l'empire d'Allemagne. Ce serait un immense bienfait si elle pouvait se généraliser. On ne verrait plus de ces procès qui choquent le bon sens et la conscience : majeur en France, mineur en Angleterre; mineur en Espagne et majeur en France. Je n'invoquerai pas l'intervention de la diplomatie, elle serait inefficace, là où il y a des habitudes séculaires; mais ce qui prouve que ces habitudes se changent plus facilement qu'on ne le croit, c'est que des législateurs modernes baissent, sans inconvénient et sans réclamation, l'âge de la majorité de vingt-cinq ans à vingt et un ans. La vie politique, tous les jours plus active, à mesure que la liberté s'étend, hâtera la révolution.

66. Je viens de rappeler la longue lutte de la personnalité contre la réalité; au dernier siècle, elle paraissait terminée. Boullenois, dont l'ouvrage est intitulé *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes ou statuts*, dit : « Les premiers statuts dont nous avons parlé sont ceux de la majorité et de la minorité. Ces statuts sont personnels et *chacun sent* qu'ils forment l'état et la condition des personnes, que ces états de majeur ou de mineur sont nécessaires dans la société qui est composée de particuliers dont les uns n'ont pas encore l'esprit et le jugement formés, et dont les autres, qui ont acquis la maturité, sont en état de se conduire et de gérer leurs affaires (1). »

Froland, qui a écrit, presque en même temps que Boullenois, ses Mémoires sur les statuts, nous donnera le commentaire du passage que je viens de citer. Quelle coutume faut-il suivre, quand il s'agit de la validité d'un contrat par lequel une personne née et domiciliée dans une province où l'on est majeur à vingt ans accomplis, a vendu ou hypothéqué son immeuble situé dans une autre province qui fixe la majorité à vingt-cinq ans et *vice versa?* La décision dépend du point de savoir si le statut est *personnel* ou *réel*. Dans le premier cas, il doit avoir son effet sur tous les biens en quelques lieux, et sous quelque cou-

(1) Boullenois, t. 1er, p. 52.

tume qu'ils soient situés. Dans le second, la majorité, et la capacité qui y est attachée, seront régies par la loi de la situation des biens, partant celui qui est majeur à vingt ans, d'après la loi de son domicile, ne pourra pas disposer de ses biens dans une coutume où l'on n'est majeur qu'à vingt-cinq ans. Froland décide, sans hésiter, que la majorité forme un statut personnel. C'était le sentiment de tous les auteurs. Il cite d'abord les statutaires français, d'Argentré, Ricard, Basnage, les arrêtistes Louet et Brodeau, puis les légistes belges et hollandais, Bourgoingne, Rodenburg, Voet. Ajoutez à cela la jurisprudence des arrêts qui ont été rendus aux parlements de Paris, de Bretagne et de Normandie (1). On pourrait croire que tout le monde était d'accord, et que, partant, il n'y a même plus lieu de revenir sur ce débat. Cependant Merlin a varié sur la question, et la jurisprudence moderne est loin d'être unanime dans l'application des principes.

67. On voit, par les noms des auteurs que Froland cite, que les réalistes les plus outrés, d'Argentré, Bourgoingne, Voet, paraissaient être du même avis que les auteurs qui donnaient plus ou moins à la personnalité. Mais il faut se défier, dans notre science, des propositions générales. Ce n'est rien que de reconnaître la personnalité au statut de majorité, il faut voir comment on l'entend, et si l'on en admet toutes les conséquences. Froland a tort de citer pêle-mêle les légistes qui prennent la personnalité au sérieux et ceux qui ne la professent qu'en théorie, sauf à la repousser dès que la difficulté s'élève sur des immeubles.

Il s'agit avant tout de savoir quelle coutume détermine la majorité : est-ce celle de la naissance, ou est-ce la coutume actuelle? Boullenois se prononce pour la coutume du domicile d'origine, c'est-à-dire le domicile des père et mère au jour de la naissance. La raison en est, dit-il, que la loi acquiert sur un enfant qui naît de parents domiciliés dans l'étendue de son territoire un droit de veiller sur lui, jusqu'à ce qu'il puisse veiller sur lui-même;

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. II, p. 1576 et 1577.

et ce droit de protection la met en état de suivre cet enfant partout où il peut aller, jusqu'au temps marqué par les lois de sa nature pour disposer de lui-même. Etait-ce là l'opinion générale? Loin de là. Boullenois ajoute : « Je sais que communément nos auteurs ne se déterminent pas par le domicile du père au jour de la naissance de l'enfant. » L'auteur même que Boullenois commente, Rodenburg estimait que « l'état de majeur ou de mineur dépendait du domicile actuel, au jour que la question pouvait s'en agiter ». Le dissentiment est capital. Tous les réalistes étaient de l'avis de Rodenburg; d'Argentré donne comme une espèce de maxime que le lieu de la naissance ne se considère jamais (1). Ajoutez que le statut personnel était toujours dominé par le statut de la situation des immeubles, de sorte qu'il devenait une espèce d'abstraction (2). En effet, la grande difficulté était de savoir, non s'il y avait un statut personnel, mais quel en était l'effet; or, admettre que le majeur ne pouvait disposer de ses biens dans une coutume où il était réputé mineur, et qu'il changeait de statut en changeant de domicile, c'était annuler le statut personnel.

68. L'opinion de Boullenois était partagée par Bouhier, mais lui-même n'ose pas assurer qu'elle fût généralement suivie en France. Faut-il admettre le domicile d'origine, ou doit-on s'arrêter au domicile actuel? Les avis étaient partagés. Il me paraît, dit Bouhier, que les deux sentiments contraires peuvent être fort bien conciliés par une distinction ingénieuse qu'a proposée M[e] Froland. Ou il s'agit de l'état universel de la personne, abstraction faite de ses biens, ou il est question des autres actes de la société civile. Au premier cas, il prétend que le statut qui a commencé à fixer sa condition conserve sa force et son autorité, et suit la personne en quelque endroit qu'elle aille; au second cas, au contraire, on ne doit plus considérer le premier état, mais uniquement celui dans le territoire

(1) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. I[er], p. 53. Comparez d'Argentré, sur la *Coutume de Bretagne*, art. 218, glose 6, n° 47; Burgundus, *Tractatus ad consuetudines Flandriæ*, II, 6.
(2) Voyez le t. II de ces Etudes, n[os] 52 et 53.

duquel la personne a transféré son domicile. Me Froland donne comme exemple du premier cas la majorité qui, dans quelques coutumes, est fixée à vingt ans. Supposant donc qu'un homme soit né dans une de ces coutumes, et qu'après y avoir atteint l'âge de majorité, il aille dans une autre province où l'on n'est majeur qu'à vingt-cinq ans; il prétend que, malgré la loi de son nouveau domicile, il peut faire tout ce que les majeurs ont le droit de faire, comme vendre et hypothéquer des fonds suivant sa volonté (1).

69. Pour comprendre la perplexité des anciens statutaires, en ce qui concerne le statut personnel, il faut se rappeler que le domicile tenait lieu jadis de la nationalité. Logiquement, en changeant de domicile, on abdiquait son statut d'origine, pour en prendre un autre, comme aujourd'hui, en changeant de patrie, on change de statut, le statut étant attaché à la nationalité. Mais cette conséquence, si naturelle quand le conflit existe entre des lois nationales, répugnait aux légistes qui vivaient sous l'empire de coutumes diverses dans un seul et même pays. On restait Français en transportant son domicile d'une coutume où l'on était majeur à vingt ans, dans une coutume où l'on restait mineur jusqu'à vingt-cinq ans. Transportant son domicile d'une coutume à l'autre, tout en conservant sa nationalité d'origine, n'était-il pas étrange que l'on changeât de statut, et que de majeur on devînt mineur, pour redevenir majeur, après un nouveau changement de domicile? Le domicile d'origine, qui se confond avec la nationalité, n'imprime-t-il pas dans l'homme une note indélébile? L'expression est de Boullenois. Elle est très juste, si l'on attache le statut à la nationalité, mais elle est difficile à concilier avec le principe du domicile, qui, dans l'ancien droit, tenait lieu de nationalité. De là les concessions que Froland faisait aux réalistes; il en résultait une incohérence et une contradiction qui devaient

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXVIII, nos 1-9 (Œuvres, t. Ier, p. 618 et 619). Comparez Froland, *Mémoires sur les statuts*, chap. XXXIII, no 7 (t. II, p. 1578). Boullenois, *Dissertation sur les statuts*, quest. II.

perpétuer le dissentiment des statutaires, et qui ont peut-être influé sur les variations de Merlin.

Le conflit entre le domicile et la nationalité n'existe plus dans le droit moderne, du moins là où l'on admet la nationalité comme principe et fondement du statut personnel. Dans cette nouvelle doctrine, le changement de domicile n'exerce plus aucune influence sur le statut ; c'est seulement en changeant de patrie, qu'on change de statut ; et comme c'est là un fait très rare, la règle presque universelle est que le statut personnel reste toujours le même ; les aspirations des statutaires français du dernier siècle sont réalisées, la note imprimée dans l'enfant à sa naissance reste indélébile. La conséquence pratique est évidente : celui qui est majeur à vingt ans reste majeur quand même il établirait son domicile dans un pays où la majorité est encore reculée jusqu'à vingt-cinq ans ; capable d'après sa loi nationale, il reste capable, malgré tous les changements de domicile (1).

70. Merlin commença par professer l'opinion de Boullenois, et presque dans les mêmes termes. Il insistait sur la versatilité qui résultait du système contraire. La même personne serait aujourd'hui mineure, et demain majeure, selon qu'elle habiterait tel pays ou tel autre. Conçoit-on une pareille mobilité dans une chose qui, de sa nature, doit être permanente ? A l'appui de son opinion, Merlin invoquait une décision du conseil privé de Brabant. On lit dans le *Recueil d'arrêts du Grand Conseil de Malines* de Cuvelier : « La minorité des personnes dure diversement d'après les coutumes ; dans quelques pays elle s'étend jusqu'à vingt ou vingt et un ans ; en d'autres jusqu'à vingt-cinq ans ; à raison de quoi a été douté si l'on devait regarder le lieu de la situation de la chose aliénée, ou de la naissance de l'aliénateur, ou du lieu où il était domicilié. Messieurs du Conseil d'Artois ont consulté, à cet égard, Messieurs du Conseil privé (du Brabant) et il a été décidé que l'on suivrait la coutume de la naissance. » Après avoir rapporté ce décret, Merlin ajoute : « L'opinion

(1) Comparez le t. III de ces Etudes, nos 268-320.

que ce décret n'avait pas peu contribué à me faire adopter, il y a plus de quarante ans, me paraît aujourd'hui une grande erreur (1). »

71. Je passe aux inconvénients du statut personnel que Merlin signale. Je trouve, dit-il, à Valenciennes, un jeune homme âgé de quinze ans; je contracte avec lui de bonne foi, parce qu'il est domicilié en cette ville et que je viens d'y voir mourir son père; or le statut de Valenciennes permet à un enfant de quinze ans de contracter sans tuteur. Cependant on découvre ensuite que ce jeune homme est né à Mons et que le droit municipal de cette ville annule le contrat qu'il a fait avec moi. Le statut de Valenciennes est donc un piége dont il faut se défier. Mais comment connaître le statut d'origine des personnes avec lesquelles on traite? Que d'entraves au commerce, et quel trouble dans l'ordre civil! Merlin connaissait ces inconvénients, quand il se prononçait pour le domicile d'origine; s'il avait fait attention au changement que le code civil apporta à l'ancien droit en substituant la nationalité au domicile, il aurait vu que les inconvénients pratiques diminuent depuis qu'il n'y a plus de conflit entre les coutumes. Mais cette considération est secondaire. Si le principe du statut personnel est fondé en raison, il faut le maintenir, malgré les inconvénients qui en résultent. J'ai longuement discuté la question dans le cours de ces Etudes; je renvoie à ce que j'ai dit, et je transcris la proposition que j'ai faite dans le projet de révision du code civil, pour donner satisfaction à l'intérêt des tiers.

L'article 15 des Dispositions préliminaires est ainsi conçu :

« L'étranger qui contracte en Belgique doit déclarer son statut personnel, et, s'il y a lieu, l'incapacité dont il est frappé. S'il ne fait point cette déclaration, les tiers qui traitent avec lui pourront demander l'application du statut belge, pourvu qu'ils soient de bonne foi.

« Quand les parties dressent un acte authentique de leurs conventions, le notaire devra, sous sa responsabi-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Majorité*, § IV (t. XIX, p. 186 de l'édition de Bruxelles).

lité, exiger qu'elles déclarent si elles sont étrangères et quel est leur statut. »

Il y a encore dans l'avant-projet d'autres dispositions qui ont le même but : avertir les tiers, et leur faire connaître l'incapacité qui frappe les étrangers avec lesquels ils contractent. Les étrangers qui traitent en Belgique profiteront également de ces mesures de protection. C'est là qu'est la véritable conciliation des droits et des intérêts divers qui se trouvent en conflit, par suite de la diversité des législations. Les inconvénients sont moins nombreux dans le droit moderne, partout où des lois nationales remplacent les coutumes; mais ils subsistent, et ils deviendront plus nombreux à mesure que les relations internationales s'étendront, et cette extension est dans la force des choses. Or, tant que le législateur n'aura pas donné satisfaction aux tiers, on doit s'attendre à ce que les juges prennent parti pour leurs nationaux contre les étrangers qui invoquent leur incapacité pour rompre les conventions qu'ils ont faites. J'en ai cité des exemples dans le cours de ces Etudes (1). On a qualifié de monstrueuses les décisions de la cour de la Louisiane, qui mettent l'intérêt américain au-dessus du droit; l'intérêt français a aussi ses partisans dans la doctrine, et les cours l'accueillent volontiers. Je vais en citer encore un exemple récent.

La cour de Paris, par un arrêt du 10 juin 1879, a décidé qu'un étranger domicilié en France ne peut opposer aux tiers porteurs sérieux et de bonne foi des traites par lui acceptées, son extranéité et sa minorité, en invoquant sa loi nationale, aux termes de laquelle il est mineur, alors qu'il serait majeur d'après la loi française.

« Considérant qu'il est constant en fait que Joseph, comte de Santo Venia, est de nationalité espagnole, et que si au moment où il a accepté les traites tirées sur lui par Thérèse Bimet, et escomptées par les banquiers Fourgeaud, Simon, Bugniet et Cie, il avait plus de vingt et un ans, et par conséquent était mineur, suivant la loi

(1) Comparez le t. II de ces Etudes, nos 48-51, et no 95 et 96, et le t. 1er de mes *Principes de droit civil*, p. 151.

espagnole qui est son statut personnel, et qui fixe à vingt cinq ans l'âge de la majorité ;

« Considérant qu'il s'agit de décider si le comte de Santo Venia, accepteur des traites sur lesquelles il s'était dit domicilié à Paris, peut invoquer contre des tiers porteurs sérieux son extranéité et sa minorité, aux termes de sa loi nationale, et si ces porteurs étaient rigoureusement astreints à s'enquérir de la capacité réelle de celui qui avait revêtu lesdites traites de son acceptation ;

« Considérant que, si les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes suivent ces personnes en quelque lieu qu'elles se trouvent, et quel que soit leur domicile d'origine, il faut reconnaître que l'application du *statut étranger* comporte des *restrictions* et des *tempéraments* commandés par l'*intérêt légitime de Français* devenus créanciers d'un étranger par suite d'une opération de banque loyale et régulière ;

« Qu'il importe de constater que Fourgeaud, Simon, Bugniet et Cie n'ont pas traité directement avec le comte de Santo Venia, et qu'ils ont seulement fait confiance à Thérèse Bimet, créancière de ce dernier : que si l'on peut reprocher à Thérèse Bimet le *crédit imprudent* qu'elle lui a accordé, malgré *certains indices révélateurs d'une nationalité étrangère,* on ne saurait adresser le même reproche à des banquiers résidant loin de Paris, rassurés par les renseignements que leur faisait connaître le bénéficiaire des traites, par les déclarations de domicile portées sur ces traites, et dès lors *excusables* de n'avoir pas vérifié une capacité que *nulle apparence*, nulle circonstance particulière ne les autorisaient à suspecter ;

« Que si l'on considère l'intérêt majeur de la sécurité des tiers dans la circulation des effets de commerce, il suffit, pour la validité du contrat de change, que le tiers porteur qui a escompté la signature de l'étranger dans l'ignorance de sa qualité et de la législation qui lui défendait de contracter, ait agi avec bonne foi et avec le *degré de prudence* qu'exigeait la nature du contrat ;

« Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le comte de Santo Venia n'est fondé, ni en droit ni en fait,

à demander la nullité de l'obligation qu'il a contractée(1). »

Le Recueil auquel j'emprunte cet arrêt ne faisant pas connaître les faits de la cause, il m'est impossible d'apprécier la moralité du débat. Quel était l'objet des engagements que le comte de Santo Venia, mineur de vingt-cinq ans, avait contractés envers Thérèse Bimet? La cour lui reproche d'avoir accordé un crédit *imprudent* au comte. Si elle a été imprudente, il est difficile de comprendre que les banquiers qui escomptèrent la traite y aient mis toute la prudence que comporte la nature du contrat de change. Les *indices* de nationalité étrangère étaient plus qu'il n'en fallait pour éveiller leurs soupçons : Y a-t-il beaucoup de comtes de Santo Venia en France? Il ne fallait pas être Espagnol pour deviner l'origine espagnole du débiteur. Et le nom de la créancière, une femme, ne devait-il pas confirmer ces craintes? Qu'importait le *domicile?* Est-ce le domicile qui détermine la nationalité et le statut? Si l'on doit blâmer le débiteur, est-ce une raison pour excuser les créanciers? S'il y a danger que les tiers soient trompés, n'y a-t-il pas danger aussi que les étrangers incapables soient exploités? Je ne reviens pas sur la question de droit, sur l'intérêt français, sur les restrictions que l'on apporte au statut personnel de l'étranger, ayant longuement discuté ces questions dans le cours de mes Etudes; la cour de Paris n'apporte pas un élément nouveau dans le débat, elle affirme là où elle aurait dû prouver. Mieux eût valu une bonne raison que toutes les affirmations du monde. En définitive, la cour crée un droit dont il n'y a aucune trace dans le code, et elle met l'intérêt français au-dessus du droit strict. Je crains bien que les tribunaux de tous les pays ne soient disposés à faire de même.

N° 2. DE L'ACTION EN RESCISION DU MINEUR.

72. En exposant la théorie des *effets* des contrats et de ses suites, Fœlix cite comme exemple des *effets* d'un

(1) Clunet, *Journal du droit international privé*, 1879, p. 488.

contrat de vente le droit de *résoudre* la vente soit pour cause de *lésion*, soit par forme de *restitution en entier* fondée sur une cause inhérente au contrat. Je remarquerai d'abord que le langage est inexact : la lésion est un *vice du consentement*, et il en est de même de la restitution en entier, que la loi accorde au mineur lésé. Or les *vices* qui entachent le consentement sont une cause de *nullité* ou de *rescision;* la *résolution* est tout autre chose, elle se fonde sur la volonté expresse ou tacite des parties. La résolution dépend donc de l'autonomie des contractants; ils peuvent stipuler telle condition résolutoire qu'ils veulent, et s'en rapporter, à cet égard, à telle loi qu'ils choisissent. Cela n'a rien de commun avec les statuts qui sont des lois que le législateur impose aux particuliers, tandis que l'autonomie est une loi que les parties se font à elles-mêmes (1).

M. Demangeat, qui fait cette remarque, ajoute qu'à son avis c'est la loi personnelle de la partie lésée qui doit être suivie en cette matière. Cela me paraît certain quand il s'agit des mineurs. D'après le droit français, le mineur peut agir en nullité quand les formalités prescrites par la loi dans son intérêt n'ont pas été observées; ces formes sont établies à raison de l'incapacité du mineur, donc elles tiennent à son statut personnel ou national. En tout cas, il ne peut pas s'agir de la loi du lieu où le contrat a été passé. La *loi du lieu* est une présomption fondée sur l'intention probable des contractants; or, en cas de nullité, la loi n'est certes pas fondée sur l'intention des parties; elle annule le contrat parce que le mineur n'a pas joui de la protection qu'elle a voulu lui assurer; la volonté des contractants n'y est pour rien.

Les mineurs ont l'action en rescision pour cause de lésion, quand ils ont fait, sans l'intervention de leur tuteur, un acte d'administration pour lequel la loi ne prescrit aucune forme. Si les mineurs peuvent l'attaquer, c'est qu'ils n'ont pas la capacité nécessaire pour contracter; le code les déclare incapables, à cause de leur âge

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I[er], p. 249, suiv. et la note de Demangeat, p. 250.

et de leur inexpérience. Donc le fondement de l'action est toujours l'incapacité, avec cette seule réserve que les mineurs doivent prouver qu'ils ont été lésés. La conséquence est que le statut est personnel; l'autonomie et la *loi du lieu* n'ont absolument rien de commun avec le débat.

73. Les jurisconsultes allemands ont un autre système; j'en dois dire un mot à raison de la grande autorité dont jouissent les noms de Wächter et de Savigny. Wächter dit que les juges sont institués pour juger d'après la loi territoriale, et non pour appliquer les lois étrangères. Dans cet ordre d'idées, on comprend qu'il se prononce pour la loi du for. Mais, poussé à bout, ce système aboutirait à nier le statut personnel. Ce n'est pas là la pensée de Wächter; ce qui le préoccupe surtout, c'est l'intérêt des nationaux qui traitent avec un mineur étranger. Il suppose que la loi personnelle du mineur exagère la protection que l'on doit aux incapables, au point de compromettre la sécurité des relations civiles internationales; si la loi territoriale, plus prudente, plus juste, restreint la restitution dans des bornes plus étroites, dira-t-on que néanmoins le mineur étranger devra jouir du privilége exorbitant que lui donne sa loi nationale? Ce serait compromettre l'intérêt général. Posée dans ces termes, la question devrait sans doute être décidée contre le mineur étranger, puisque le statut personnel cède devant le statut territorial quand celui-ci est d'ordre public. Wächter va plus loin, il veut qu'on place le mineur étranger sur la même ligne que le mineur indigène : il serait absurde, dit-il, de le traiter avec plus de faveur, car cette faveur tournerait au préjudice des tiers qui contractent avec lui (1). Cela pourrait conduire logiquement à rejeter le statut personnel, si la loi territoriale n'admettait pas la restitution, tandis que le mineur étranger y aurait droit en vertu de sa loi nationale. La véritable égalité ne consiste pas à imposer aux étrangers la loi territoriale, ce serait méconnaître leur droit; l'étranger doit être traité comme il le serait dans son pays, en vertu de sa loi natio-

(1) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 174 et 178.

nale. Voilà ce que demande la communauté de droit que notre science a l'ambition d'introduire dans les relations internationales.

Je suis étonné que Savigny ait oublié, en traitant de la restitution des mineurs, l'idéal que lui-même a assigné au droit international privé. Il la place sur la même ligne que les priviléges qu'on leur accorde en matière de prescription, et il veut que toutes ces exceptions soient régies par la loi du for. N'est-ce pas confondre deux ordres d'idées très différents? La prescription est essentiellement d'intérêt social; on conçoit que le législateur applique le droit commun aux mineurs; c'est l'application du principe que la loi territoriale, quand elle est d'intérêt public, domine la loi personnelle de l'étranger. On ne peut pas même dire que ce serait sacrifier les droits du mineur, puisqu'il a une action en responsabilité contre son tuteur, si celui-ci néglige d'interrompre la prescription. Mais les conventions rescindables pour cause de lésion ne concernent que des intérêts privés; dès lors on reste dans le droit commun qui veut que le mineur étranger soit incapable partout, et jouisse partout de la protection que la loi lui accorde à raison de son incapacité. Savigny paraît croire que la restitution est étrangère à l'état de minorité; il se fonde sur le caractère qu'elle avait en droit romain (1). En droit français, il est certain que l'action en rescision pour cause de lésion est accordée au mineur à raison de l'incapacité de son âge, donc à raison de son état; partant il faut appliquer le statut personnel, en vertu du principe consacré par l'article 3 du code Napoléon.

74. Les principes que je viens d'établir reçoivent leur application au délai dans lequel l'action en rescision doit être intentée. D'après le droit français, l'action des mineurs en nullité ou en rescision des conventions qu'ils ont faites doit être formée dans les dix ans de leur majorité (art. 1304). Le code italien a réduit ce délai à cinq ans (art. 1300 et 1308) dans l'intérêt général, qui demande que les droits ne restent pas trop longtemps incertains. Quelle est la

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 164 et 165.

nature de ce statut? La prescription forme en général un statut réel, puisqu'elle a pour objet un intérêt social de premier ordre. Dans l'espèce, le droit des mineurs est en cause et partant l'état des personnes et l'incapacité qui y est attachée. N'en faut-il pas conclure que le statut du délai dans lequel le mineur doit agir dépend de son statut personnel? C'est mon avis. Ce qui me fait pencher vers cette opinion, c'est qu'elle était professée dans l'ancien droit par le président Bouhier et par Boullenois. La tradition a une si grande autorité dans notre science, qu'elle doit entraîner la décision des questions douteuses quand elle est constante. Je vais rapporter les témoignages; ils sont considérables, car ils confirment ce que je viens de dire de la minorité.

Je viens à une belle question, dit Bouhier, qui a été autrefois agitée au sénat de Chambéry, en cette espèce. Un Savoyard, mineur de vingt-cinq ans, étant à Rome avec un de ses concitoyens, s'était rendu caution pour lui envers un autre Savoyard, pour une certaine somme, payable à Rome où résidait le créancier. Plusieurs années après, étant poursuivi à Chambéry pour le payement de cette dette, il avait pris des lettres de restitution contre son obligation, dans les dix ans de sa majorité, comme le voulaient les ordonnances de Savoie. Le créancier prétendait que l'obligation ayant été passée à Rome, il fallait suivre la loi romaine où le mineur n'a que quatre ans après sa majorité pour user du bénéfice de la restitution. De là débat sur la question de savoir s'il fallait appliquer la loi de Savoie ou la loi romaine. Le créancier disait que s'il était question d'une formalité judiciaire, il faudrait suivre le style de Savoie où le procès était pendant; mais que, s'agissant du mérite de la cause au fond, c'était à la loi du lieu du contrat qu'il fallait s'attacher. Tel est encore aujourd'hui le système de Fœlix que j'ai cru devoir combattre.

Le débiteur se défendit par cette considération que non seulement l'instance était liée en Savoie, mais encore que le contrat avait été passé entre des Savoyards. Et il soutenait qu'en quelque lieu que contractent des personnes

d'un même pays, elles sont soumises aux lois de leurs souverains.

Le président Favre, qui rapporte ces débats, dit que la question fut très solennellement agitée. Là-dessus Bouhier remarque que l'on y oublia la seule bonne raison qui pouvait être alléguée pour le débiteur, c'est que le bénéfice de restitution est un privilége personnel accordé au mineur. Ce point aussi était controversé, mais Bouhier n'a pas tort de dire que l'opinion contraire, qui considérait le privilége de minorité comme réel, n'était pas soutenable : n'est-ce pas à la personne qu'il est accordé? donc il est personnel. « Cela étant, il s'ensuit que la loi qui fixe le temps de la durée du bénéfice de restitution est personnelle, et s'étend partout où le mineur juge à propos d'en user. En sorte que, quand l'affaire dont je parle aurait dû être traitée à Rome, les bonnes règles auraient voulu qu'on eût entériné ses lettres. Si l'on en jugea autrement au sénat de Chambéry, c'est qu'alors ces sortes de questions sur la réalité ou la personnalité des statuts n'étaient pas encore bien éclaircies (1). »

Boullenois critique aussi l'arrêt du sénat de Chambéry, et il le fait en d'excellents termes. « Je ne puis me rendre à cette décision, dit-il; car enfin la loi du domicile du débiteur dont il s'agissait d'entériner les lettres était celle qu'il fallait principalement considérer, et cette loi donnait le bénéfice de restitution, fondée sur la minorité au jour du contrat, et par conséquent *fondée sur l'état et la condition de la personne;* elle le donne avec tous les modes qui l'accompagnent et avec toutes ses prérogatives ; et la personne ne tenant pas ce bénéfice de *la loi du lieu du contrat*, ni du *lieu où le payement se doit faire*, et l'*obligé se défendant d'une obligation personnelle par les lois qui régissent sa personne*, je ne vois pas pourquoi ce bénéfice serait assujetti à une autre loi que celle du domicile du débiteur (2). »

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXV, nos 62-66 (Œuvres, t. Ier, p. 710 et 711.

(2) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. II, p. 470 et 471.

N° 3. DE LA VENTE DES BIENS DES MINEURS.

75. Je lis dans l'excellent *Journal du droit international privé* de M. Clunet : « En matière de vente d'immeubles appartenant à un mineur étranger, est-ce à la loi de la situation des biens ou à la loi nationale du mineur qu'il faut se conformer? Il est peu de questions sur lesquelles on trouve moins de lumières dans les auteurs (1). » La question a ses difficultés ; l'auteur de la dissertation m'excusera si je combats son opinion : notre science n'est encore qu'une lutte. Je commence par transcrire les textes.

L'article 457 du code Napoléon porte : « Le tuteur ne peut aliéner les biens immeubles du mineur sans y être autorisé par un conseil de famille. Cette autorisation ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue, ou d'un avantage évident. Le conseil de famille indiquera, dans tous les cas, les immeubles qui devront être vendus de préférence et toutes les conditions qu'il jugera utiles. »

Article 458 : « Les délibérations du conseil de famille relatives à cet objet ne seront exécutées qu'après que le tuteur en aura demandé et obtenu l'homologation devant le tribunal de première instance, qui y statuera en la chambre du conseil, et après avoir entendu le procureur impérial. »

Les articles 459 et 460, quant aux formes, sont remplacés, en Belgique, par la loi du 12 juin 1816. Cette loi a eu pour objet de diminuer les frais considérables et frustratoires auxquels donnent lieu les longues et minutieuses formalités prescrites par le code civil et le code de procédure civile (art. 953-966). Le législateur français a voulu sauvegarder les intérêts des mineurs, mais, à force de les protéger, il les ruine en frais inutiles, qui ne profitent à personne sauf aux gens de loi. La loi belge maintient l'intervention du conseil de famille pour autoriser la vente, ainsi que l'homologation du tribunal. Mais les biens ne sont plus vendus en justice ; le tribunal désigne un notaire par le

(1) *Journal du droit international privé*, 1880, p. 292.

ministère duquel la vente publique se fera, en présence des tuteurs et des subrogés tuteurs, et par-devant le juge de paix du canton. Afin d'éviter les frais frustratoires, la loi détermine le nombre des vacations que les juges de paix et leurs greffiers peuvent porter en compte. Elle charge de plus les juges de paix de veiller à ce qu'il ne se fasse rien au préjudice des intérêts du mineur.

76. Faut-il suivre ces formalités quand le mineur est étranger et que les biens sont situés en Belgique, ou, s'il y a lieu, en France? Le *Journal du droit international privé* répond que l'article 3 du code Napoléon donne lieu à un conflit entre le statut personnel et le statut réel. Il établit deux principes sur le statut de l'étranger : possède-t-il des immeubles en France (ou en Belgique), ils sont régis par la loi française; s'agit-il de son état et de sa capacité, il est soumis à sa loi nationale, qui le suit partout où il réside. Quand, en matière de vente, le statut personnel cèdera-t-il au statut territorial? c'est-à-dire, quelles formes seront régies par la loi territoriale, et quelles formes seront soumises à la loi étrangère? J'ai émis, dans le cours de ces Etudes, l'opinion que toutes les formalités préparatoires à la vente, l'intervention du conseil de famille et l'homologation du tribunal, dépendent du statut personnel. Tel n'est pas l'avis de M. Clunet (1). Il cite des autorités anglaises, américaines, italiennes, allemandes, toutes étrangères à notre débat, car il s'agit de déterminer le sens de l'article 3 du code civil, dans son application à la vente des biens appartenant aux mineurs : l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal sont-elles des *lois qui régissent les immeubles*, ou sont-ce des lois qui *concernent l'état et la capacité des personnes?* Les législations étrangères ne peuvent nous donner aucune lumière sur ce point, puisqu'elles ne connaissent pas notre système de tutelle. Quant à la *common-law* anglo-américaine, elle doit être écartée du débat, par l'excellente raison qu'elle est féodale, l'auteur même l'avoue : peut-on invoquer une loi qui remonte

(1) L'article n'est pas signé; je cite le nom de M. Clunet pour abréger.

au onzième siècle pour interpréter un code qui proscrit tout ce qui tient de près ou de loin au droit féodal?

77. Il faut consulter avant tout la tradition française et les travaux préparatoires du code civil. Qu'est-ce que ces lois qui régissent les immeubles même appartenant à un étranger, dont parle l'article 3? C'est ce qu'on appelait dans l'ancien droit un statut réel. Et que signifiait ce vieil adage que toute coutume est réelle? On entendait par là que toute coutume est souveraine. Voilà pourquoi, en expliquant l'article 3, Portalis, l'orateur du gouvernement, expose la théorie de la souveraineté territoriale : la loi du lieu où l'immeuble est situé doit le gouverner, sinon la souveraineté n'est plus entière; permettre à une loi étrangère de régir un immeuble français, c'est morceler la souveraineté française en soumettant une partie du territoire de la France à une souveraineté étrangère. Voilà le statut réel, maintenu par le code civil. Faut-il demander ce que les formalités qui précèdent la vente d'un bien appartenant à un mineur ont de commun avec la souveraineté? Est-ce que la souveraineté de la France sera brisée parce qu'au lieu de consulter le conseil de famille, on s'adresse à l'autorité qui est compétente d'après la loi nationale du mineur, pour décider s'il convient qu'un de ses immeubles soit vendu, et sous quelles conditions la vente se fera? Il s'agit là d'intérêts purement privés; il n'y a pas de loi proprement dite pour les ventes, pas plus que pour les autres contrats; les parties sont autonomes, elles font ce qu'il leur plaît de faire. Pourquoi en est-il autrement quand le propriétaire est mineur? Est-ce parce que la souveraineté française y est intéressée? Du tout, mais le mineur étant incapable, la loi veut que l'autorité appelée à le protéger intervienne pour sauvegarder ses intérêts. Quelle est cette autorité? La raison même pour laquelle la loi la fait intervenir indique que le statut réel est hors de cause. Qu'est-ce que le législateur étranger sait du mineur allemand, anglais, américain? Est-ce le code civil qui organise la *garde* anglo-américaine, ou le collége de tutelle allemand? Il n'est pas plus compétent pour prescrire les formes préparatoires

de la vente. Ces formes sont établies à raison de la minorité, et de l'incapacité qui en est la suite ; donc il s'agit de l'état du mineur ; partant, c'est sa loi nationale qui seule a qualité et mission pour intervenir. C'est elle qui établit les *gardiens*, c'est elle aussi qui détermine leur autorité. Ne serait-il pas illogique au plus haut degré de dire : La loi anglaise établit des *gardiens*, mais c'est la loi française qui, à l'exclusion des gardiens, décide dans quelles formes ils donneront l'autorisation de vendre ?

78. Le mineur est anglais ; l'immeuble étant situé en France, la vente doit se faire dans les formes de la loi française, même pour les formalités préliminaires. Tel est le système de M. Clunet. Mais quand il s'agit de le mettre à exécution, il se trouve engagé dans des difficultés inextricables. Il prend l'exemple d'un mineur anglais en France. La minorité et la tutelle sont réglées en Angleterre par une législation toute différente de la nôtre. L'institution des conseils de famille y est inconnue ; c'est la *chancery court* qui y habilite les *guardians* ou tuteurs, dans les cas où ils ne peuvent agir seuls, notamment pour la vente des immeubles. Le mineur a des immeubles en France : qui autorisera le tuteur à les vendre ? Dans mon opinion, la réponse est très simple : c'est à raison de l'*état* de minorité que la loi anglaise fait intervenir une cour de justice pour autoriser le *gardien* à vendre ; cette disposition a donc pour objet de garantir les intérêts d'un incapable ; or, le code civil dispose que les lois qui concernent l'*état* et la capacité ou l'incapacité qui en résulte, suivent la personne partout : il faut ajouter, même en ce qui concerne ses biens, car c'est ainsi que l'on entendait le statut personnel dans l'ancien droit. Donc ce sera la *chancery-court* qui autorisera le tuteur à vendre. Dira-t-on que c'est appliquer l'une des dispositions de l'article 3, celle qui est relative à l'état des personnes, et que c'est oublier ou violer l'autre, celle qui porte que les immeubles situés en France sont régis par la loi française, alors même qu'ils appartiennent à des étrangers ? Je réponds que la loi française recevra son application : si, d'après la loi étrangère, la vente doit se faire publiquement, avec

intervention de la justice, elle se fera en France, conformément au code Napoléon et au code de procédure civile : voilà la part du statut réel. De même, elle se ferait en Belgique, d'après la loi de 1816, par identité de motifs. Nous restons donc dans le texte et dans l'esprit de l'article 3.

79. Dans le système de M. Clunet, il faudrait aussi appliquer la loi française aux formalités préliminaires de la vente. Mais il serait impossible, dit-il, de convoquer en France un conseil de famille pour un mineur anglais ; les parents ou amis refuseraient d'y prendre part ; le juge de paix français en récuserait la présidence. Comment, en effet, introduire dans le gouvernement d'une famille étrangère un rouage qui n'est pas en harmonie avec sa loi nationale, et qui, selon celle-ci, serait sans action légale? Voici l'expédient proposé par le journal de M. Clunet. Il écarte l'avis des parents, comme n'étant pas absolument nécessaire pour l'aliénation de l'immeuble. Ici l'auteur abandonne son rôle d'interprète, pour prendre celui de législateur. Sur quoi se fonde-t-il pour décider que l'*autorisation*, et non, comme il dit, l'*avis* des parents, n'est pas une formalité dont l'absence paralyse absolument la vente de l'immeuble appartenant au mineur? Cette autorisation est si essentielle, que si elle n'est pas intervenue, la vente est nulle, et que le mineur en pourra demander la nullité (art. 1311). Pour échapper au texte, M. Clunet invoque l'esprit de la loi. « Au fond, de quoi s'agit-il? De veiller à ce que les intérêts du mineur soient sauvegardés. Cette fonction de surveillance peut être remplie par le tribunal auquel appartient le dernier mot, puisqu'il doit approuver la délibération des parents. En définitive, c'est lui qui décide ; donc il peut décider sans qu'il y ait eu une convocation du conseil de famille. » Je réponds que l'auteur transforme le tribunal français en *chancery-court*. L'autorité chargée par le code civil de veiller aux intérêts des mineurs n'est pas l'autorité judiciaire, c'est le conseil de famille qui autorise ; le tribunal n'intervient que pour homologuer les délibérations des parents. A tort ou à raison, le législateur français place sa confiance

dans la famille; le plus souvent elle intervient seule, sans que ses délibérations doivent être approuvées par la justice; la loi suppose que les parents connaissent mieux que les juges les faits, la situation du mineur, ses intérêts; elle s'est peut-être fait illusion, mais tel est bien l'esprit du droit français; il n'appartient pas à l'interprète de le modifier en substituant au système français le système anglais.

La conséquence à laquelle aboutit le journal de M. Clunet témoigne, me semble-t-il, contre sa doctrine. Il ne veut pas de l'intervention de la *chancery-court*, et il doit se contenter de l'intervention d'un tribunal français. Or, qui est le plus compétent, en cette matière : la cour anglaise qui connaît les traditions légales, et qui, à la rigueur, pourra acquérir la connaissance des faits, si indispensable quand il s'agit d'intérêts à sauvegarder; ou un tribunal français qui agit en dehors de la loi territoriale, dans l'ignorance des précédents anglais, et dans l'impossibilité de s'éclairer sur les faits et circonstances de la cause? Et puisque l'on ne peut pas recourir à un conseil de famille réuni en France, pourquoi ne pas s'en rapporter à une cour de justice anglaise compétente, plutôt qu'à une juridiction française incompétente?

80. Le journal de M. Clunet invoque l'autorité de la tradition, en citant Bourgoingne; c'est un légiste flamand, et un des meilleurs. Je pourrais me borner à récuser son témoignage, parce qu'il est en opposition avec la tradition française; réaliste à outrance, comme la plupart de nos anciens jurisconsultes, tandis que les statutaires français inclinaient de plus en plus vers la personnalité; ils vont jusqu'à reprocher aux juristes belges de tout donner à la réalité. J'ai une réponse plus directe à faire à Bourgoingne et à ceux qui s'appuient sur son autorité, c'est notre ancienne jurisprudence, donc notre tradition nationale.

Du Laury, dans sa *Jurisprudence des Pays-Bas autrichiens*, pose la question en ces termes : « En la vente des biens immeubles des mineurs, quel juge doit interposer le décret, celui de leur demeure, ou celui de la situation du fonds? » Ces questions furent résolues dans un procès de

révision, au Grand Conseil de Malines. Voici l'espèce. La mère des demandeurs en révision, tant comme tutrice qu'en son nom comme douairière, avait obtenu le décret pour l'aliénation d'une maison située à Namur, au souverain bailliage dudit Namur, juge des personnes et maisons mortuaires des nobles. Le décret avait été déclaré nul par sentence du conseil de Namur, laquelle, sur appel, fut réformée au Grand Conseil, et de nouveau débattue dans l'instance en révision. D'ordinaire les juges des maisons mortuaires autorisaient les ventes qui avaient lieu hors de leur territoire, parce que les biens situés ailleurs n'étaient qu'accessoires à la maison mortuaire. Pour la compétence du juge du domicile du mineur, on disait qu'il était juste et convenable que le *juge* de la *personne*, qui *connaît mieux l'état de ses affaires,* pourvoie plutôt à ce que de son bien on dispose, que celui de la situation de l'immeuble. Les conseillers de Brabant et de Flandre, qui intervinrent en la révision, déclarèrent qu'il se pratiquait chez eux de cette manière. On citait le témoignage de Huyghens, qui avait écrit un traité sur le statut de l'architutelle de la ville de Bruxelles; on y lit (art. 31, n° 4) qu'il faut donner la préférence au juge du domicile sur celui de la situation, parce qu'il est le juge de la personne, dont les biens ne sont que des accessoires; ce qui n'empêche pas que la vente se fasse conformément à la solennité du lieu où l'immeuble est situé, et par l'autorité du juge de ce lieu. C'est précisément la distinction que j'ai établie dans ces Etudes. Groenewegen, dans son Traité sur les *Lois abrogées* (Lib. V, codic., tit. LXXI, L. *Si prædium*, 16), s'exprime dans le même sens : c'est le juge du domicile qui nomme le tuteur, lequel est chargé de l'administration de tout le patrimoine du pupille; son décret doit, par voie de conséquence, suffire pour autoriser la vente des biens, quelle que soit leur situation. On permettait même la vente sans autorité de justice, quand tel était l'intérêt du mineur. On voit que tout se rapportait au mineur, et à ce que décidait le juge de son domicile, c'est-à-dire que le statut personnel dominait, en cette matière, le statut de la situation des biens. Ces motifs préva-

lurent dans le procès en révision. Par arrêt du 5 septembre 1643, il fut décidé que le décret du juge de la personne du mineur est suffisant.

L'arrêtiste cite encore une autre décision du Grand Conseil dans le même sens. Dans l'espèce jugée en révision, les juges de la personne et ceux de la situation appartenaient à la même province, c'était un débat de compétence. Dans l'arrêt rendu en 1607, les magistrats de Douai avaient rendu un décret concernant des immeubles situés dans la juridiction du conseil d'Artois; après que la vente fut faite, il fallait remplir les formalités requises dans nos provinces pour l'ensaisinement de l'adjudicataire. Le conseil d'Artois, jaloux de son autorité souveraine, disait que c'était confondre les justices et même les provinces. Voilà la question, telle qu'elle se présente aujourd'hui, car nos provinces étaient des Etats indépendants, sauf qu'elles se trouvaient placées sous l'autorité du même souverain. Le Grand Conseil déclara, par rescrit du 13 février 1607, qu'il ne trouvait pas les raisons de ceux d'Artois suffisantes pour dénier la mise de fait. La décision confirme pleinement ce que j'ai dit de la personnalité du statut concernant l'aliénation des biens des mineurs : « Selon la disposition du droit écrit et la commune opinion des docteurs à ce conforme, le décret et autorisation (qui est requise en préalable, avant d'obtenir par un tuteur le pouvoir de vendre quelques biens immeubles de son pupille) se peut valablement interposer, tant par le juge des pupilles que par celui de la situation des biens, et même cela se peut plus commodément et assurément par ledit juge des mineurs, *comme pouvant mieux s'informer* et *avoir connaissance s'il y a assez cause suffisante*, et *ne serait plus expédient de vendre une autre partie*. Et à tout, comme *ceux qui ont libre disposition de leurs biens*, peuvent vendre au lieu de leur domicile, non seulement particulièrement, mais aussi publiquement par-devant justice, par criées et publications au plus offrant et dernier enchérisseur, leurs héritages en *autres juridictions et provinces*, ne se voit pourquoi un *tuteur* ne pourrait faire le semblable, au regard des héritages d'icelui pupille, *moyennant*

que les criées et publications, à ce requises de droit, soient faites duement, en la manière que dessus. » Aujourd'hui on objecte la souveraineté territoriale; nos conseils souverains y tenaient bien plus, et le Grand Conseil de Malines, quoique son autorité s'étendît sur toutes les provinces, ne songeait pas à porter atteinte à la puissance souveraine de leurs conseils : « N'entendant ledit Grand Conseil, qu'en ce il y aurait quelque incompétence, injustice, usurpation ou confusion des juridictions, vu que *tels actes dépendent de la juridiction volontaire* et *non contentieuse*, et que par iceux, *non plus que par les criées et subhastations, ne s'attribuent, ni s'acquièrent droits réels*, ains se font seulement afin que tels biens soient mieux et plus chèrement vendus. Ce qui encore a été résolu, en cas semblable, le 21 juin 1572. Et ainsi s'en use et s'observe notoirement au pays de Flandre et en cette ville de Malines, sans difficulté (1) ».

La doctrine du Grand Conseil est la nôtre; il n'y a que quelques points sur lesquels il y a dissentiment entre l'ancienne jurisprudence et la jurisprudence moderne que je vais exposer. D'après le Grand Conseil, le tuteur pouvait être autorisé indifféremment par le juge du domicile du mineur et par le juge de la situation des biens, quoique le Conseil donne d'excellentes raisons pour préférer le juge de la personne. Cette option ne se concilie guère avec la doctrine des statuts. Quand un statut est personnel, le juge de la personne a compétence exclusive pour habiliter le mineur. Le Grand Conseil en donne lui-même la raison; c'est qu'il offre au mineur une garantie que ne lui donne point le juge de la situation des biens. Il est donc impossible que le statut de l'autorisation soit tout ensemble personnel et réel. Si le Grand Conseil a donné le choix entre l'un et l'autre, c'est sans doute parce que le statut réel n'était pas, à vrai dire, un statut étranger, les diverses provinces dépendant d'un seul et même souverain.

81. La tradition belge est-elle aussi la tradition française? Sur ce point il n'y a guère de doute. On citait en

(1) Du Laury, *Jurisprudence des Pays-Bas autrichiens*, t. Ier, p. 460-468 de l'édition in-8°, Bruxelles, 1761.

France, sous l'ancien régime, les statutaires belges et hollandais, au même titre que Dumoulin et d'Argentré, sauf que l'on se défiait de leur réalisme excessif; et l'on se prévalait de la jurisprudence de nos conseils souverains et du Grand Conseil de Malines, comme on invoquait les arrêts des parlements. Dans la question que je discute pour le moment, la jurisprudence du Grand Conseil a une autorité décisive, en ce sens que les légistes belges étaient plus favorables à la réalité des statuts que les jurisconsultes français; lors donc que, malgré cette tendance, le Grand Conseil se prononçait pour la personnalité du statut de la vente des biens des mineurs, on peut hardiment affirmer que tel était le droit commun sous l'ancien régime. Cela préjuge et justifie la jurisprudence de nos cours.

Dans une espèce jugée par la cour de Liége, il s'agissait de la vente d'immeubles appartenant en tout ou en partie à des mineurs belges. On demandait si l'autorisation de vendre devait émaner d'un tribunal belge, les mineurs étant domiciliés en Belgique. On demandait encore si la vente pourrait se faire en Belgique, et, par suite, d'après les formes et les conditions prescrites par nos lois. Les mêmes questions se présentent pour le partage des biens où des mineurs sont intéressés, les principes étant identiques. La cour pose le principe que j'ai soutenu dans le cours de cette discussion : « Attendu que la loi qui fixe le mode de partage ou de vente des biens immeubles appartenant à des mineurs ayant pour but principal la *protection des intérêts de ces derniers* constitue, pour les *formalités habilitantes* qu'elle prescrit, un *statut personnel* et non pas un *statut réel*, dont le caractère distinctif est d'avoir pour objet direct et prédominant les immeubles eux-mêmes. » Ce n'est pas à dire que toutes les règles contenant la vente des immeubles appartenant à des mineurs soient une dépendance du statut personnel. Quand il s'agit de la translation de la propriété, on suit la loi du pays où les biens sont situés; c'est le cas du statut réel proprement dit. Si la cour en fait la remarque, c'est que, dans l'espèce, les biens étaient situés dans les Pays-Bas,

et le code néerlandais dispose que la propriété des immeubles ne se transmet que par la transcription.

De là la cour conclut que les immeubles situés en Hollande appartenant à des mineurs peuvent, comme ceux appartenant à des majeurs, être valablement vendus ou partagés en Belgique, en observant les formalités prescrites par la loi belge. Dans cet ordre d'idées, la question se réduit à une difficulté de fait : l'intérêt des parties exige-t-il que la vente se fasse dans le pays où les immeubles sont situés? ou les parties sont-elles intéressées à ce que la vente se fasse en Belgique? Dans l'espèce, les tuteurs des mineurs demandaient que la vente se fît en Belgique, lieu de l'ouverture de la succession et domicile de toutes les parties. Il y avait une considération d'un grand poids : la loi de 1816 n'est plus en vigueur dans les Pays-Bas, de sorte que les mineurs n'y jouissent plus de la garantie que leur assure l'intervention du juge de paix.

Il restait une difficulté de droit. La vente se faisant en Belgique, le vendeur avait un privilége, mais ce privilége, d'après notre loi hypothécaire, ne devient efficace que par l'inscription; or, l'inscription ne peut se faire en Hollande, puisque le code néerlandais ne donne plus de privilége au vendeur, et aucune inscription ne peut être prise en vertu d'un acte passé en pays étranger. La cour répond qu'il peut être obvié à cet inconvénient en imposant à l'acquéreur, par le cahier des charges, l'obligation de fournir hypothèque sur les biens achetés (1).

La cour de Liége a rendu, dans des circonstances analogues, un autre arrêt par lequel il a été décidé que la vente se ferait en Hollande, lieu de la situation des biens. Le tribunal de première instance de Tongres avait décidé que la vente se ferait en Belgique, par le ministère d'un notaire belge, et devant le juge de paix d'un canton belge. Sur l'appel, cette décision a été réformée. La cour commence par constater que la loi du 12 juin 1816 ne prévoit pas la difficulté : elle suppose que les biens sont situés en

(1) Arrêt de la cour de Liége du 5 janvier 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 29).

Belgique, tandis que, dans l'espèce, ils étaient situés dans le Limbourg hollandais. En fait, la cour estime que l'intérêt bien évident des parties exige que les biens soient vendus dans le lieu de leur situation. Je laisse de côté ces considérations de fait qui varient d'une cause à l'autre. En droit, la cour dit que si les tribunaux belges sont compétents pour autoriser la vente et donner aux héritiers qualité pour y procéder, ils *doivent,* en autorisant cette vente, renvoyer devant le tribunal étranger pour qu'il y soit procédé d'après les formalités prescrites par la loi territoriale, formalités qui sont *d'ordre public* et qui tiennent aux principes du *statut réel* (1).

82. Sur ce point, qui est capital, les deux arrêts sont en désaccord : l'un décide qu'il faut appliquer le statut réel; l'autre fait tout dépendre du statut personnel.

Constatons d'abord quel était l'objet du débat dans les deux espèces. Il n'était pas contesté que les formalités préparatoires de la vente, l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal, fussent une dépendance du statut personnel. Sur ce point les deux arrêts concordent; pour mieux dire, cela ne paraissait pas même douteux. Faut-il aller plus loin et dire, avec l'arrêt de 1867, que la vente même est soumise au statut personnel, et que, partant, elle peut se faire au domicile des parties, en Belgique, quoique les biens soient situés dans les Pays-Bas. Sur ce point il y a doute. En théorie, je crois que l'arrêt de 1867 a raison. Le mode de vente dépend de l'autonomie des propriétaires. Il est certain qu'un propriétaire belge peut vendre en Belgique les biens qu'il possède en pays étranger, sauf à faire transcrire l'acte de vente si, au lieu de la situation, la transcription est requise pour que la propriété des immeubles soit transmise à l'égard des tiers. Mais ce principe s'applique-t-il aux mineurs? Les incapables mêmes ne peuvent pas vendre, ni leurs représentants les tuteurs; ceux-ci doivent y être autorisés par délibération du conseil de famille, homolo-

(1) Liége, 22 novembre 1864 (*Pasicrisie,* 1865, 2, 68).

guée par le tribunal. Le code civil veut de plus que la vente se fasse publiquement dans les formes qu'il détermine, et qui sont complétées par le code de procédure (art. 459). La vente est une vente judiciaire réglée par la procédure; or, celle-ci dépend du statut réel, ce qui me paraît décisif.

Il reste cependant un doute; c'est la jurisprudence du Grand Conseil de Malines, et les motifs sur lesquels il s'appuie. Il invoque une raison de droit, c'est que la vente des biens appartenant à des mineurs dépend de la juridiction volontaire, et celle-ci, comme le mot l'indique, est étrangère à la procédure proprement dite. Je crois que, sur ce point, il y a erreur dans la décision du Grand Conseil, et, par suite, dans l'arrêt de la cour de Liége de 1867. Quand on dit que la juridiction est volontaire, cela signifie qu'il ne s'agit pas d'un procès; mais, dès que la justice intervient, elle doit procéder dans les formes légales. Le texte même du code civil le dit : la vente doit se faire publiquement dans les formes prescrites par la loi. Quelle loi? La loi de la situation, puisque c'est une loi de procédure. L'analogie que le Conseil de Malines et la cour de Liége établissent entre la vente faite par un majeur et celle faite par un mineur n'est pas exacte, ou elle va trop loin. Le majeur peut vendre sans doute comme il veut, quand même les biens seraient situés à l'étranger, mais il ne le peut que dans les formes d'une vente volontaire; il n'aurait pas le droit de requérir le juge de paix de procéder à la vente dans les formes de la loi de 1816, parce qu'aucune loi n'autorise le juge de paix à intervenir; or, l'intervention d'un magistrat est celle de la justice, et la justice n'intervient que lorsqu'elle est légalement saisie. Par contre, la vente des biens d'un mineur, quoique volontaire et appartenant à la juridiction volontaire, ne peut pas se faire dans telles formes que le tribunal voudrait prescrire; il doit ordonner que la vente se fasse publiquement, en Belgique conformément à la loi du 12 juin 1816, à l'étranger d'après la loi territoriale. Donc les formes sont imposées, partant, elles dépendent de la procédure et du statut réel.

§ II. *Des incapacités spéciales.*

N° 1. PRINCIPE.

83. Les incapacités sont générales ou spéciales. Cette distinction, qui joue un si grand rôle dans la tradition des statuts, est consacrée par l'article 1124 du code, lequel est ainsi conçu :

« Les incapables de contracter sont : les mineurs, les interdits, les femmes mariées, dans les cas exprimés par la loi. Et généralement tous ceux à qui la loi a interdit certains contrats. »

Il est à remarquer que le code civil, tout en distinguant les incapacités générales des incapacités spéciales, déclare également *incapables* ceux qui ne peuvent pas contracter, et ceux qui ne peuvent former certains contrats. Cela est très important pour l'interprétation de l'article 3 du code Napoléon. On demande si les incapacités spéciales tombent sous l'application du statut personnel, qui régit l'état et la capacité des personnes partout où elles résident, même en pays étranger. Si l'on fait abstraction de la tradition, la question n'en est plus une. L'article 3 est conçu en termes généraux ; dès que l'*état* des personnes est en cause, ou la capacité et l'incapacité qui en résultent, le statut est personnel. Or, le code lui-même (art. 1124) place les incapacités spéciales sur la même ligne que les incapacités générales. Cela est décisif au point de vue des textes, mais cela n'est point décisif en ce qui concerne notre science. L'article 3 s'interprète, non par l'article 1124, mais par la tradition; c'est donc la doctrine traditionnelle qu'il faut consulter.

84. J'ai dit, dans l'Exposé des principes généraux de notre science, que la tradition ne distingue point entre l'état général des personnes et la capacité ou l'incapacité particulière (1). Cela est vrai des derniers interprètes du droit international privé, Froland, Boullenois, Bouhier. Encore y a-t-il une restriction à faire à la proposition,

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, p. 102, n° 57.

telle que je l'ai formulée; elle est trop absolue. Froland a de singulières défaillances, quand il s'agit d'appliquer le principe des incapacités spéciales; lui-même dit, en termes presque comiques, qu'il ne voit partout qu'écueils et précipices, de quelque côté qu'il se tourne. Bouhier, plus décidé, dit qu'il ne voit ni précipices ni écueils, et que là où il y a une incapacité, il faut se prononcer pour la personnalité du statut.

Il y avait dans l'ancien droit deux incapacités particulières, devenues célèbres, l'une du moins, à force de controverses. Je ne dirai qu'un mot du sénatus-consulte macédonien, qui défendait de prêter de l'argent aux fils de famille, et refusait toute action à ceux qui auraient contrevenu à la défense. Ce statut est personnel, dit Bouhier, parce qu'il s'adresse à la personne des créanciers; le président ne prévoit pas même l'objection qu'on pouvait lui faire d'après la tradition; il se contente de poser le principe et d'en déduire la conséquence. Quand le fils de famille est domicilié dans un pays où le sénatus-consulte est en vigueur, ses créanciers se pourvoiraient inutilement sur ses biens, quoique situés dans une province où la même loi ne serait pas reçue. Telle serait aujourd'hui la France, et tous les pays qui suivent le code français. Celui qui est incapable d'après sa loi nationale est incapable partout (1).

Bouhier ajoute qu'il en est de même du sénatus-consulte velléien. « Il s'est cependant, dit-il, trouvé des jurisconsultes qui en ont douté, mais de quoi ne doute-t-on pas, surtout dans une matière où l'on est si fort prévenu en faveur de la réalité des coutumes? » Heureusement d'habiles gens, Froland, Boullenois, Duplessis, ont pris la peine de mettre depuis cette question dans un si beau jour, qu'il n'y a pas d'apparence qu'elle souffre plus de difficulté devant les tribunaux. » Cela n'a pas empêché la cour de Paris, comme je vais le dire, de douter en plein dix-neuvième siècle. Avant d'exposer la jurisprudence, je dois m'arrêter au principe.

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXVII, p. 751, n° 3 et note 7; Boullenois, *De la Personnalité des statuts*, t. Ier, p. 187.

85. Fœlix est traditionnaliste ; je ne lui en fais aucun reproche, c'est l'esprit du code Napoléon. « Le statut personnel, dit-il, est une loi dont les dispositions affectent directement et uniquement l'*état de la personne*, c'est-à-dire l'*universalité* de sa condition, de sa capacité ou incapacité de procéder aux actes de la vie civile. » Fœlix est si attaché à la tradition réaliste qu'il ne s'aperçoit pas qu'il ajoute au code civil ; l'article 3 ne parle pas de l'*universalité* de l'état et de la capacité, il parle de l'*état* et de la capacité, ce qui comprend toute capacité ou incapacité, et tel est aussi le langage des statutaires du siècle dernier. Lui-même oublie son principe, en parlant de l'incapacité de la femme mariée : il déclare que le sénatus-consulte velléien est un statut personnel. Son commentateur a relevé cette inconséquence : « Nous sommes heureux, dit M. Demangeat, de voir M. Fœlix proclamer que la disposition du sénatus-consulte velléien qui défend aux femmes d'*intercedere pro aliis* est *évidemment* un statut personnel. Mais il faut convenir que notre auteur s'écarte singulièrement de la doctrine qu'il a enseignée jusqu'à présent, et suivant laquelle il n'y a de statut personnel que celui qui affecte l'*universalité de la condition* des personnes : tel n'est certainement pas le caractère du sénatus-consulte velléien, qui se borne à défendre une certaine nature d'actes à des personnes généralement capables (1). »

M. Massé se prononce contre la personnalité des statuts qui consacrent une incapacité spéciale. Il pose en principe que le statut personnel ou l'incapacité qui en résulte ne suit la personne en pays étranger que lorsqu'il s'agit d'une prohibition qui s'applique à son état universel, telle que celle qui est relative au mineur ou à la femme mariée. Il en est autrement des prohibitions particulières qui reposent sur un fondement tellement arbitraire qu'on ne peut être tenu de chercher à les vérifier. Telles sont celles qui, en certains pays, sont faites aux personnes nobles, ou constituées en dignités civiles ou ecclésiastiques, de

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. 1er, p. 43 (4e édit.), et p. 219, et *ibid.* la note de M. Demangeat.

souscrire des lettres de change ou autres engagements qui entraînent la contrainte par corps. Ces prohibitions ne constituent qu'un empêchement purement local; hors du lieu où elles ont été établies, elles ne peuvent être opposées à ceux qui ont traité avec les incapables (1). » M. Massé ne tient aucun compte de la tradition dans une matière essentiellement traditionnelle; cela suffit pour que l'on doive rejeter son opinion. Il est vrai que la personnalité a toujours eu ses contradicteurs; mais cette opposition ne doit pas nous arrêter, sinon il faudrait renoncer d'avance à réaliser l'idéal de notre science, la communauté de droit entre les peuples. L'intérêt des tiers que M. Massé invoque est une considération très grave, mais elle s'adresse au législateur; c'est à lui de chercher le moyen de concilier le droit et l'intérêt.

86. Savigny rejette sans hésiter la distinction que l'on prétend établir entre l'incapacité générale et l'incapacité particulière. Dès que l'on admet que l'incapacité forme un statut personnel, il faut être conséquent et déclarer personnelles toutes les lois qui établissent une incapacité; les distinctions que l'on voudrait faire n'ont point de raison d'être (2). Le seul motif que l'on invoque pour justifier cette distinction, l'intérêt des tiers, prouve trop. Les Anglo-Américains l'opposent à tout statut personnel de l'étranger, ce qui mine le fondement même de notre science.

L'opinion de Savigny est loin d'être généralement suivie. Bar rapporte les dissidences qui se sont fait jour, soit en Allemagne, soit ailleurs. Il en conclut qu'il n'existe pas en cette matière de règle certaine, et que l'on puisse considérer comme une dépendance du droit international : on doit donc s'en rapporter aux motifs logiques : c'est un appel à la science, en attendant que les législateurs et les diplomates interviennent. Bar se prononce contre la personnalité des incapacités particulières (3). Je ne nie pas les

(1) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p 446, n° 549 (2e édit).
(2) Savigny, *Das heutige römische Recht*, t. VIII, p. 147, suiv. et 263. Comparez Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV. p. 172.
(3) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 178 et suiv., § 55.

inconvénients auxquels la personnalité des statuts donne lieu; mais quand on parle au nom de la science, il faut écarter ces considérations; sur le terrain des principes, toute distinction entre les diverses incapacités manque de fondement : il faut personnaliser toutes les incapacités, ou les rejeter toutes, et alors il n'y a plus de science.

N° 2. LA JURISPRUDENCE.

87. Ce serait une étude curieuse que celle des variations de la jurisprudence dans les diverses matières qui se rattachent au droit international privé. On en trouve les éléments dans mes Etudes. J'ai recueilli tous les arrêts qui ont été rendus en France et en Belgique sur les statuts, et j'ai été dans la nécessité de critiquer la plupart de ces décisions, surtout les plus anciennes. Cela prouve combien notre science est encore incertaine. Ceux-là seuls qui ignorent tout ne doutent de rien. On m'a reproché jusqu'au nom d'*Etudes* que je donne habituellement à mon travail. Dans ma pensée, l'Institut du droit international devrait faire une enquête sur la doctrine et la jurisprudence qui règnent dans les divers pays civilisés en matière de relations internationales privées; mes Etudes sont un élément de cette enquête. C'est seulement quand elle sera achevée, que l'on pourra constater les questions sur lesquelles il y a dissentiment, bien qu'un accord soit possible.

88. C'est dans cet esprit que je signale les erreurs qui, à mon avis, se trouvent dans la jurisprudence. Je lis dans un arrêt rendu par la cour de cassation de France, sections réunies, que « le statut est personnel lorsqu'il règle directement et indéfiniment la *capacité* ou l'*incapacité générale* et *absolue* des personnes *pour contracter* ». On pourrait induire de là que le statut est *réel* lorsqu'il a pour objet une incapacité spéciale et limitée à certains actes. A mon avis, cette interprétation dépasserait la pensée de la cour. L'objet du débat n'était pas de savoir quel est le caractère des dispositions qui établissent une

incapacité spéciale; il s'agissait de décider si la femme normande, mariée à Paris avant le code civil, et séparée par contrat de mariage, a pu, postérieurement au code civil, aliéner valablement, avec la seule autorisation de son mari, ses immeubles dotaux situés en Normandie. La cour a décidé que l'article 127 des placités de Normandie avait pour objet direct et principal les biens, et surtout la conservation d'une espèce particulière de biens dans les familles; dès lors il était réel, sans qu'il fallût examiner si le statut de l'incapacité spéciale est personnel ou réel; la cour n'a donc pas entendu décider la question de la nature du statut qui établit une incapacité particulière (1).

89. La cour de Paris a commencé par décider que les lois étrangères concernant l'état et la capacité des personnes ne régissent pas les étrangers résidant en France. C'est nier le statut personnel de l'étranger, alors que le code civil consacre le statut personnel des Français. En théorie, l'erreur est certaine; et j'ai prouvé ici même que l'erreur est également certaine en droit français (2); je me borne à noter ici les erreurs dans lesquelles la cour est tombée. « En thèse générale, dit-elle, *soit en matière personnelle, soit en matière réelle*, les contrats et obligations passés en France, et dont on a droit de poursuivre l'exécution devant les tribunaux français, ne peuvent être appréciés et jugés que d'après la législation qui est propre à la France. » Est-ce là ce que dit l'article 3 du code civil? est-ce là ce que dit la tradition française? Le code et la tradition distinguent. S'agit-il d'immeubles, l'article 3 dit ce que la cour de Paris répète; s'agit-il de l'état et de la capacité des personnes, l'article 3 dit que le statut personnel du Français le suit en pays étranger; d'où Merlin déjà inférait qu'il en est de même du statut de l'étranger qui réside en France.

La cour de Paris nie ensuite que les lois étrangères soient obligatoires en France, parce qu'elles n'y ont pas été légalement publiées. C'est nier tout le droit international privé, car il s'y agit précisément d'appliquer les lois

(1) Rejet, sections réunies, 27 février 1817 (Sirey, 1817, 1, 286).
(2) Voyez le t. II de ces Etudes, nos 45-52.

étrangères quand, d'après la nature du litige, il doit être décidé par le statut étranger.

Vient ensuite un considérant sur le sénatus-consulte velléien. Fœlix a reproché à la cour de n'avoir pas appliqué le sénatus-consulte à une femme espagnole qui s'était obligée pour son mari en France, alors que, d'après son statut national, elle était frappée d'incapacité. Voici le raisonnement de la cour : « En changeant de domicile, sous l'ancien régime, on changeait de statut ; de sorte que la femme soumise au statut velléien, en vertu de son domicile dans une province où il était observé, cessait d'y être soumise en établissant son domicile dans une province où le sénatus-consulte n'était plus en vigueur. S'il en était ainsi de province à province, à plus forte raison en doit-il être ainsi aujourd'hui de royaume à royaume. » C'est oublier que jadis le statut changeait quand on changeait de domicile, tandis que, d'après le texte même du code civil, le statut est attaché à la nationalité, et ne change, par conséquent, que lorsqu'on change de patrie.

La cour de cassation, chambre civile, prononça un arrêt de rejet, après délibéré en chambre du conseil. Sans s'approprier la doctrine de la cour de Paris, la cour suprême décide que l'arrêt attaqué n'a pu violer l'article 3 du code civil, puisque cet article ne dit pas que l'étranger est régi en France, quant à son état et à sa capacité, par sa loi nationale (1). C'est donner aux juges du fait plein pouvoir de décider les questions d'état et de capacité d'après la loi française, alors même qu'il s'agit d'étrangers. Je renvoie à ce que j'en ai dit dans le cours de ces Etudes (2).

Les juges du fait usent de cette faculté pour décider qu'un étranger, mineur d'après les lois de son pays, doit être considéré comme majeur en France, s'il a plus de vingt et un ans, parce que les Français qui contractent avec lui n'ont ni connu ni dû connaître les lois étrangères que le mineur leur oppose (3). Dans un autre arrêt rendu par la même cour, il est dit que le souscripteur

(1) Rejet, 17 juillet 1833 (Sirey, 1833, 1, 633).
(2) Voyez le t. II de ces Etudes, nos 273-283.
(3) Paris, 17 juin 1834 (Sirey, 1834, 1, 371).

d'une lettre de change ayant indiqué son domicile à Paris, ceux qui en sont devenus successivement porteurs ont été autorisés à le considérer comme Français (1). Où est-il dit que le domicile attribue la nationalité, ou, du moins, une présomption de nationalité?

90. Il y a des incapacités spéciales qui ressemblent à des mesures politiques. Un rescrit du roi de Naples du 7 avril 1829 défend aux princes de la famille royale de consentir des lettres de change, sans le consentement préalable du roi. Question de savoir si ce rescrit est applicable à des lettres de change souscrites à Paris, en 1846, par le prince de Salerne, pour achat de bijoux. La cour de Paris a jugé que cette prohibition ne crée pas une incapacité qui suit la personne, même en pays étranger, parce qu'elle est fondée sur des considérations individuelles, privilégiées, et, partant, locales (2). On peut dire plus, c'est que la prohibition a un caractère politique, puisqu'il s'agit des membres de la famille royale, laquelle, sous un gouvernement absolu, tient lieu de l'Etat; or, tout statut de droit public est réel. Il en résulte cependant que les marchands étrangers pourront être trompés: c'est à eux de ne pas faire crédit aux princes.

A plus forte raison en est-il ainsi quand le décret ne concerne que la personne qui est déclarée incapable. Un ukase de l'empereur de Russie, en date du 15 juillet 1845, interdit au comte Micislas Potocki de disposer de ses biens au préjudice de sa femme et de son fils aîné. Le tribunal de Paris a décidé que ce décret ne pouvait avoir d'effet que dans les limites de la Russie. Le *Journal du droit international privé*, auquel j'emprunte cette notice, ne dit rien des motifs qui provoquèrent l'ukase. L'arrêtiste ajoute que le décret ne contenant que des prohibitions *individuelles* ne pouvait former un statut personnel (3). En effet, un statut est une loi, et une loi est essentiellement un acte d'intérêt général; or, une prohibition qui ne

(1) Paris, 15 octobre 1834 (Sirey, 1834, 1, 657).
(2) Paris, 26 novembre 1850 (Sirey, 1851, 2, 666).
(3) Jugement du tribunal de la Seine du 7 mai 1873 (Clunet, *Journal du droit international privé*, 1875, p. 20).

regarde que la personne à laquelle elle s'adresse n'est pas une loi. Que l'on n'objecte pas que l'interdiction est aussi personnelle ; l'interdiction est prononcée par un jugement, et l'ukase litigieux n'est pas un jugement, c'est un de ces actes qu'un pouvoir absolu se permet, et qui ont, par suite, le caractère d'un acte politique. Cela est décisif pour la réalité de l'acte.

CHAPITRE III. — L'ORDRE PUBLIC.

§ Ier. — *Le principe.*

91. La loi qui régit les obligations repose sur l'autonomie des parties contractantes, c'est-à-dire sur leur volonté souveraine. Quand elles ont déclaré ce qu'elles veulent, leurs conventions légalement formées tiennent lieu de loi (art. 1134). Si elles n'ont pas exprimé leur volonté, ni expressément, ni tacitement, on est obligé de recourir à des présomptions que régulièrement le législateur seul a mission d'établir ; il présume, dans ce cas, ce que les contractants ont voulu, à quelle loi ils ont entendu soumettre leurs conventions. Il y a d'abord une présomption basée sur la nationalité des parties intéressées : lorsqu'elles ont la même nationalité, il est naturel de croire qu'elles ont adopté leur loi nationale. Si elles appartiennent à des nations différentes, on présume qu'elles ont traité d'après la loi du lieu où le contrat est intervenu. La loi présumée n'est pas une loi imposée aux contractants par le législateur, c'est une loi qu'ils sont censés avoir choisie, pour y soumettre leurs conventions. Ainsi la loi qui régit les obligations conventionnelles dépend toujours de leur autonomie : c'est la volonté exprimée ou probable que les parties avaient en contractant.

92. Le principe suppose qu'il s'agit d'intérêts privés que les parties ont le pouvoir de régler comme elles l'entendent. Telle est la règle générale en matière de conventions. Le code civil le dit du contrat de mariage : les époux peuvent faire leurs conventions matrimoniales comme ils le jugent à propos. La liberté est de l'essence

des conventions; elles ont pour objet de pourvoir aux nécessités physiques ou intellectuelles des particuliers; c'est à eux de régler leurs intérêts selon leurs convenances. Toutefois cette liberté a une limite; aux termes de l'article 6 du code civil, « on ne peut, par des conventions particulières, déroger aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs ». Le code reproduit cette restriction dans l'article même qui reconnaît aux époux une entière liberté de faire leurs conventions comme ils le veulent: « pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, et en outre, sous les modifications qui suivent ». Ces modifications concernent l'état des personnes; l'état est d'ordre public. Il y a aussi des restrictions qui sont d'intérêt public, sans tenir à l'état des personnes. Ainsi l'article 1389 défend aux époux de faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions; de même les époux ne peuvent pas stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français et qui sont abrogées par le code civil (art. 1390).

Cette disposition caractérise l'esprit dans lequel le législateur restreint la liberté des parties contractantes. La clause prohibée par l'article 1390 n'a rien de commun avec les bonnes mœurs ni avec l'état des personnes; la loi la défend par une considération d'intérêt général, parce qu'elle aurait eu pour effet de perpétuer la diversité des coutumes en matière de conventions matrimoniales, alors que le but du législateur était de mettre fin à la diversité du droit qui était une source de conflits et de procès. Il y a donc des lois d'intérêt général qui l'emportent sur les lois d'intérêt privé que les parties font sous forme de contrats. L'intérêt privé est toujours subordonné à l'intérêt public; c'est la condition sous laquelle les sociétés existent. Et d'un autre côté, les droits des particuliers n'ont de garantie et de sanction que dans l'état de société; ils sont intéressés à ce que les droits de la société soient sauvegardés, et dominent les droits d'intérêt privé.

93. Il y a un mot qui résume les restrictions que reçoit l'autonomie des parties contractantes, c'est l'ordre public. J'ai dit, dans le cours de ces Etudes, que le vague de cette expression donne lieu à bien des difficultés. Si je m'en sers, c'est parce que le code civil l'emploie en matière de conventions. Le code dit que les obligations sur cause illicite ne peuvent avoir aucun effet, et il définit la cause illicite celle qui est prohibée par la loi, ou qui est contraire aux bonnes mœurs (art. 1132 et 1133). Seulement on remarquera que le mot *ordre public* n'est jamais employé seul dans nos lois; il est d'ordinaire accompagné du mot *bonnes mœurs*, ou de celui de *cause prohibée par la loi;* ou la loi énumère (art. 1388) les conventions qu'elle regarde comme contraires à l'ordre public. Ces diverses formules expriment une seule et même idée, c'est que la liberté des parties contractantes est restreinte par le droit de la société. Quand la société a-t-elle un droit qu'elle puisse opposer au droit des particuliers? La loi se sert de diverses expressions pour marquer la subordination de l'intérêt privé à l'intérêt général : en opposant les *conventions particulières* aux lois qui intéressent l'*ordre public*, elle indique l'esprit qui préside à cette distinction, c'est la prédominance du droit social sur le droit individuel.

94. L'ordre public ainsi entendu reçoit son application au droit civil international. Il est vrai que les articles que je viens de citer n'ont en vue que les relations entre Français ; mais le motif même pour lequel la loi restreint l'autonomie des citoyens s'applique, et avec une force plus grande, aux conventions où figurent des étrangers. S'il n'est pas permis aux Français de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public, à plus forte raison la loi ne peut-elle pas permettre aux étrangers de violer des lois qui ont pour objet le maintien de la société, sa conservation, son perfectionnement. Pour mieux dire, quand il est question de l'autonomie et des restrictions qu'elle reçoit, il n'y a pas lieu de distinguer les étrangers et les nationaux. La liberté de contracter a toujours été considérée comme une dépendance du droit des gens, elle appartient à tout homme comme tel. Les restrictions que l'autonomie

reçoit sont également universelles de leur nature. Il est de l'essence de la société que son droit l'emporte sur le droit des particuliers quels qu'ils soient; les étrangers et les nationaux jouissent de la protection de la société, donc tous sont tenus de respecter ses droits. Les étrangers ne pourraient pas invoquer leur loi nationale pour faire des conventions qui seraient considérées comme contraires à l'ordre public dans le pays où ils contractent; s'ils pouvaient le faire, ils ruineraient les fondements de la société qui leur assure protection et justice : cela est contradictoire dans les termes.

95. J'ai dit, dans le cours de ces Etudes, qu'en matière de conventions il n'y a point de statut, car le statut est une loi qui s'impose aux particuliers; or, eux-mêmes font la loi quand ils contractent. Il n'en est pas de même quand les conventions touchent à l'ordre public; l'autonomie cesse, dans ce cas, pour faire place à la volonté générale dont la loi est l'expression. On ne peut plus dire que les parties en contractant ont entendu se soumettre à leur loi nationale; elles n'en ont plus le droit, si cette loi est en opposition avec l'ordre public du pays où elles contractent. Par la même raison, on ne peut pas présumer que les contractants ont entendu se soumettre à la loi du lieu où le contrat intervient, si cette loi est en opposition avec l'ordre public du pays où les parties plaident; le juge ne peut jamais appliquer une loi étrangère qui ruinerait l'ordre social dans le pays où il rend la justice. Ici la loi du for domine. Le juge doit avant tout sauvegarder, dans ses décisions, l'existence de la société au nom de laquelle il porte ses jugements, et ce serait chose souverainement absurde que la puissance publique fût tenue de prêter la main à l'exécution forcée de décisions qui détruisent son autorité.

96. Il importe donc beaucoup que le juge puisse distinguer avec certitude les lois qui sont d'ordre public. Savigny a essayé de définir l'ordre public. Je renvoie à ce que j'en ai dit, dans ces Etudes (t. II, n°s 198-202), ainsi que des diverses formules proposées par les auteurs qui ont écrit sur le droit civil international (n° 204). Le code italien est tout aussi insuffisant que le système de

Savigny qu'il a rédigé en forme de loi (t. II, n° 203). Je dois encore ajouter un mot du système de Fœlix, dont l'ouvrage jouit d'une grande autorité; l'auteur s'est attaché à la doctrine réaliste des auteurs anglais; et le réalisme est le grand obstacle que j'ai rencontré dans tout le cours de ces Etudes, où j'ai essayé de préparer la voie à l'idéal que Savigny a assigné à notre science. Je vais dire comment Fœlix résout le problème le plus difficile du droit international privé.

97. Fœlix a emprunté sa définition à Story, le meilleur sans contredit des légistes anglo-américains qui se sont occupés du droit international privé, mais imbu des doctrines de la *common-law* qui remonte au moyen âge : « Lorsque le contrat est contraire aux *bonnes mœurs* ou aux *institutions* ou *prohibitions* existant dans le pays où il doit recevoir son exécution, ou lorsqu'il porte *préjudice* soit aux *intérêts* d'une autre *nation*, soit aux *droits acquis* par les citoyens de cette nation, dans ce cas, dit Story, la *comitas* sur laquelle repose la force des lois étrangères, dans un territoire quelconque, cesse nécessairement (1). » Rapporter l'autorité des lois étrangères à la *courtoisie*, c'est ébranler le fondement de notre science, car la *comitas* n'est autre chose que l'*intérêt*; or, jamais on ne parviendra à élever sur la base de l'intérêt l'édifice de la communauté du droit entre les peuples. Que peut être la définition de l'*ordre public* dans une doctrine qui répute réelle toute loi, comme on le faisait au onzième siècle, lors de la conquête normande? Je laisse les *bonnes mœurs* de côté, en rappelant seulement que c'est au nom des bonnes mœurs que les Anglais rejettent la légitimation de l'enfant naturel par le mariage subséquent de ses père et mère, alors qu'en France, et avec raison, cette légitimation est regardée comme éminemment favorable à la morale. Je passe à l'ordre public proprement dit. Qu'est-ce qu'un contrat contraire aux *institutions* dans le pays où il doit être exécuté? Qu'entend-on par *institutions?* Est-ce le *droit public*? ou est-ce la *common-law?* Et suffit-il qu'il

(1) Fœlix, *Droit civil international*, t. Ier, p. 235, n° 99.

y ait contrariété entre une *institution anglaise* et la loi étrangère pour que celle-ci ne puisse plus être appliquée?

A toutes ces questions, il n'y a point de réponse. A quoi bon une définition qui n'apprend rien au juge? Une convention contraire à une *loi prohibitive* est-elle par cela seul contraire à l'*ordre public?* Le code civil dit que la vente de la chose d'autrui est nulle (art. 1599) : est-ce une de ces prohibitions qui rendent nulle la convention que feraient deux étrangers en France conformément au droit écrit, lequel valide la vente de la chose d'autrui? Cela est impossible, car la vente de ce qui ne m'appartient pas n'a rien de contraire à l'ordre public; et il serait étrange d'annuler, au nom de l'ordre public, ou de l'intérêt général, ou des droits de la société, une convention qui est de pur intérêt privé.

Qu'est-ce qu'une convention qui porte *préjudice* aux *intérêts* d'une autre nation? J'ai combattu, dans tout le cours de ces Etudes, la doctrine de l'*intérêt;* la *comitas* n'est pas autre chose. C'est au nom de l'intérêt américain que la cour de la Louisiane a porté un arrêt qu'un publiciste anglais a qualifié de *monstrueux;* à aucun prix je ne voudrais l'inscrire dans une loi, parce qu'il justifierait d'avance toutes les iniquités commises sous couleur d'intérêt. On dirait que Fœlix a voulu prévenir les énormités que l'on reproche à la cour américaine. D'abord il parle de l'*intérêt* de la *nation,* ce qui est au moins un intérêt général; puis quand il est question des particuliers, il exige qu'ils aient un *droit acquis,* pour qu'ils puissent l'opposer aux étrangers; mais qu'est-ce que des droits acquis dans une doctrine qui a pour point de départ la *comitas,* c'est-à-dire l'*intérêt?* Il ne faut pas commencer par aveugler les consciences, si on veut les éclairer.

98. Chargé par le Ministre de la Justice de préparer un avant-projet de révision du code civil, j'ai dû formuler des principes sur le droit civil international, et, partant, une règle concernant l'ordre public. Je transcris la section IV intitulée : *Des lois d'ordre social,* article 26 :

(1) Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, p. 185

« Les lois relatives aux *droits de la société* reçoivent leur application, quels que soient le lieu du contrat, la nationalité des parties intéressées et la nature des biens.

« Cette règle s'applique :

« 1° Aux lois qui dépendent du droit public et du droit pénal ;

« 2° Aux lois qui concernent les bonnes mœurs;

« 3° Aux lois qui abolissent les priviléges politiques en matière de succession. »

Je laisse de côté le n° 4, relatif à la prescription, puisque j'y dois revenir. Le mot d'*ordre public* ne se trouve pas dans l'article 26. Ce mot est employé par le code civil, quand il s'agit de *conventions*; or, l'article 26 est une disposition générale, applicable à tous les faits juridiques. Dans les conventions, l'expression d'*ordre public* a une signification double; d'abord, et c'est là le sens propre du mot en matière de droit privé, on entend par lois d'ordre public celles qui concernent l'état et la capacité qui en résulte. L'avant-projet reproduit le principe de l'article 6 du code civil, en le formulant en ces termes : « Les parties ne peuvent, sous peine de nullité, déroger, par leurs conventions ou dispositions, aux lois qui règlent l'état ou la capacité des personnes (art. 35). » « Sont nulles de plein droit les conventions ou dispositions qui violent ou éludent les lois intéressant l'ordre social ou les bonnes mœurs » (art. 36). Dans ce dernier article, les mots *ordre public* sont remplacés par ceux d'*ordre social*. Dans la section IV que je viens de transcrire, il en est de même ; l'article 26 précise les *lois d'ordre social*, en disant que ce sont les lois relatives aux *droits de la société*. Cela implique qu'il y a des *droits de la société*, par opposition aux *droits des individus*. La distinction est aussi ancienne que la science du droit; les Romains déjà distinguaient ce qui est de droit public et ce qui est de droit privé. La formule de l'avant-projet est encore plus large; les expressions *ordre social*, et *droits de la société*, comprennent tout le domaine qui appartient à la société, et qu'elle seule a le pouvoir de régler, par opposition aux *lois de droit privé* qui dépendent de l'autonomie.

Je commence par expliquer la terminologie. Dans le cours de ces Etudes, j'ai dit que le mot *ordre public* est équivoque, et prête à confusion et à erreur, et les erreurs n'ont point manqué. Le mot *droit public*, dont les jurisconsultes romains se servent, vaudrait mieux; il indique que le *public*, c'est-à-dire la *société*, est en cause; or, les lois qui intéressent la *société* sont précisément celles qui doivent recevoir leur application de préférence à tout autre statut que l'on voudrait leur opposer. Si je me sers des mots *droits de la société*, c'est parce qu'ils ont une signification plus étendue, et comprennent, par conséquent, les lois qu'il serait difficile de rapporter au *droit public*. Cette dernière expression a un sens technique, elle comprend les lois constitutionnelles et administratives; or, il y a des lois qui ne rentrent pas dans le droit public ainsi entendu, et qui forment néanmoins un statut réel, en ce sens qu'elles dominent le statut personnel; telles sont les *lois pénales* et les lois qui concernent les *bonnes mœurs*, tandis que ces lois sont comprises dans l'expression de *droits de la société*, et il importe que les termes de la loi soient assez larges pour qu'elle s'étende à toutes les matières que la société a droit et intérêt à régler.

Je remarque encore que la formule de l'avant-projet ne parle pas de l'*intérêt* social ; le langage de la loi ne saurait être trop exact; or, l'intérêt n'est pas un principe. Notre science domine les intérêts; elle demande qu'on respecte le droit de l'étranger tel qu'il est réglé par sa loi personnelle, à moins que ce droit ne soit en conflit avec l'intérêt de la société où il l'invoque. Sur le terrain du droit, on peut donner satisfaction à la société et aux individus, tandis que les intérêts seront toujours en conflit.

99. Reste à savoir quand la société a un droit qui domine la loi personnelle de l'étranger. Sont réelles les lois qui concernent l'existence et le développement de la société. La société a droit de se conserver; donc dès qu'une loi étrangère compromet sa conservation, cette loi doit céder devant la loi territoriale. La société a encore droit de se perfectionner et de se développer; donc toute loi étrangère

qui entraverait ce développement cède également devant la loi du territoire. L'étranger ne peut pas se plaindre que son droit est méconnu; à vrai dire, il n'y a pas même de conflit entre la loi territoriale et la loi personnelle, il y a des lois d'une nature diverse, les unes d'ordre social, les autres d'ordre privé. L'étranger, il est vrai, ne sera pas régi par sa loi personnelle, si les droits de la société où il l'invoque s'y opposent; mais il ne saurait s'en plaindre; ce serait chose contradictoire de lui permettre d'opposer à la société sous la protection de laquelle il exerce ses droits une loi que l'on suppose contraire au droit de cette société.

100. Qui décidera, en cas de conflit, si la loi étrangère que l'on oppose à la loi territoriale est ou non contraire à un droit de la société? Dans l'état actuel des relations internationales, il n'y a pas d'autre moyen de vider le conflit que le pouvoir d'interprétation du juge; le juge décidera si le droit de la société est en cause, ou si c'est le droit de l'individu qui doit recevoir son application. Il le décidera d'après la doctrine qui est admise dans chaque pays sur les droits de l'Etat et les droits de l'individu. Il en résultera une jurisprudence contradictoire et des anomalies affligeantes; mais cela est inévitable, puisque les nations vivant dans une entière indépendance, chacune est juge souverain de ce qui intéresse l'existence de la société, sa conservation et son perfectionnement.

On dira que le juge pourra toujours écarter le statut étranger, sous le prétexte qu'il est en opposition avec un droit de la société au nom de laquelle il rend la justice. Cela n'est pas tout à fait exact. D'abord il ne peut pas déclarer réel un statut territorial qui serait, à la vérité, en opposition avec l'*intérêt* de la nation ou des individus, s'il n'était pas contraire à un *droit* de la société; s'il qualifiait de *droit* ce qui n'est qu'un *intérêt*, sa décision serait sujette à cassation. Sans doute, cela ne suffit pas pour sauvegarder toujours le droit de l'étranger. Je l'ai dit d'avance, dans l'Introduction de ces Etudes, les traités seuls pourront donner au droit civil international l'autorité légale qui lui manque. Pour le moment il s'agit de

préparer les voies à la diplomatie de l'avenir. C'est déjà un travail immense que celui de préciser les idées vagues et confuses, et de formuler des règles sur lesquelles le débat pourra s'établir (1).

§ II. — *Application du principe.*

N° 1. LES LOIS DE POLICE ET DE SÛRETÉ.

101. L'article 3 du code civil établit des règles sur les lois personnelles et réelles; la première est ainsi conçue : « Les *lois* de *police* et de *sûreté* obligent tous ceux qui habitent le territoire. » Qu'entend-on par lois de police et de sûreté? Avant tout, les lois pénales. C'est l'explication donnée par Portalis. Je vais transcrire ce qu'il dit :

Chaque Etat a le droit et le devoir de veiller à sa conservation. Or, comment un Etat pourrait-il se maintenir s'il y avait dans son sein des hommes qui pussent impunément commettre des délits? L'étranger ne peut pas prétendre que les délits qu'il commet en France doivent être punis d'après les lois de son pays. Quand il s'agit de la sûreté et de la tranquillité de l'Etat, c'est à chaque nation de prescrire les mesures qu'elle juge nécessaires pour sa conservation. L'Etat n'a pas à s'enquérir à quelle nation appartiennent ceux qui troublent sa tranquillité et qui compromettent sa sûreté par des actes illicites; dès que la sûreté publique est lésée, il faut que la loi pénale reçoive son application (2).

102. L'article 3 ne s'applique-t-il qu'aux lois pénales? A s'en tenir à l'Exposé de Portalis, on pourrait le croire; il ne parle que des lois qui entraînent l'application d'une peine. Mais si le code n'avait eu en vue que les lois pénales, il eût été plus simple de le dire, au lieu de se servir de l'expression assez vague de lois de police et de sûreté;

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, nos 185-208. L'avant-projet, *Motifs et Matériaux*, t. Ier.

(2) Portalis, *Second Exposé des motifs du titre préliminaire* (Locré, t. Ier, p. 304, suiv. de l'édition de Bruxelles).

placé dans un code qui est étranger aux peines, l'article 3 doit se rapporter aux droits et obligations qui se forment entre particuliers. Ainsi interprétée, la disposition est difficile à définir; elle doit s'entendre de toutes les lois qui ont pour objet la conservation de la société : la conservation implique aussi le développement et le perfectionnement; ce qui aboutit à la définition du statut réel pris dans sa plus large acception. Nous allons consulter la jurisprudence.

La loi du 26 germinal an XI interdit toute demande en nullité des divorces prononcés avant la publication du code civil. Il a été jugé que cette loi rentre dans celles que l'article 3 déclare applicables à tous ceux qui habitent le territoire, aux étrangers aussi bien qu'aux Français. Le divorce fut introduit en France par la législation révolutionnaire; les lois qui l'organisèrent avaient un caractère politique, notamment celles qui admettaient le divorce pour cause d'émigration. Le code civil restreignit la faculté de divorcer dans des limites beaucoup plus étroites. Dans la crainte que les lois portées pendant la révolution ne donnassent lieu à des procès sans fin, le législateur prohiba la demande en nullité de tous les divorces prononcés antérieurement. « Le législateur, dit Merlin, a dû considérer que l'esprit de parti s'attachait toujours à ces affaires; qu'elles fournissaient toujours matière à des déclamations violentes contre les lois de 1792 et de l'an III; et plus encore contre la révolution, sans laquelle sans doute ces lois n'auraient jamais existé, mais sans laquelle nous gémirions encore sous le joug de la féodalité. » La loi de l'an XI ayant pour but de proscrire des actions qui tendaient à perpétuer des agitations et des souvenirs qu'il importait d'éteindre, on doit la considérer comme une loi de police générale qui assujettit à son empire tous ceux qui habitent le territoire. La cour de cassation accueillit ce système dans la fameuse affaire Mac-Mahon (1).

Dans mes *Principes de droit civil*, je dis : « N'est-ce

(1) Arrêt du 22 mars 1806 et *Réquisitoire* de Merlin, dans son *Répertoire*, au mot *Divorce*, sect. IV, § X.

pas dépasser les limites de l'article 3? Peut-on dire qu'une loi relative au divorce concerne la police de la sûreté? » La critique serait fondée s'il fallait interpréter l'article 3 restrictivement. Mais les termes mêmes de la loi résistent à une pareille interprétation; et Portalis ne dit point qu'elle ne peut recevoir son application qu'en matière de délits et de peines. Il commence, au contraire, par poser ce principe tout à fait général que chaque Etat a le droit et le devoir de veiller à sa conservation; or, il y a des lois civiles qui ont pour objet de conserver la société; dès lors, il n'y a aucun motif de restreindre la règle de l'article 3 aux lois pénales.

Un étranger demande la séparation de corps contre son conjoint étranger. Le tribunal se déclare incompétent, mais il autorise la femme à quitter son domicile conjugal, afin de pourvoir à la sûreté personnelle de l'époux le plus faible. On peut critiquer cette décision au point de vue de la compétence (1). Mais une fois l'incompétence admise, le tribunal avait raison d'invoquer l'article 3 pour veiller à la sûreté de la femme. N'est-ce pas le premier devoir de l'Etat de défendre les faibles contre l'oppression de la force? Voilà des lois qui ont certainement en vue la police générale. L'expression *droit de police* comprend une grande partie du droit administratif, celle qui a pour objet la protection des intérêts individuels. En ce sens, l'instruction et l'éducation font partie de la police. Les lois qui déclarent l'instruction obligatoire, fût-ce jusqu'à la majorité, appartiennent à la police, puisqu'elles ont pour objet le perfectionnement de la société. Une société, dit Portalis, ne pourrait vivre s'il y avait dans son sein des hommes qui puissent troubler impunément sa paix et sa tranquillité. Je demande si une société pourrait vivre s'il y avait dans son sein des hommes qui, manquant d'instruction et d'éducation, ressemblent à des brutes? Les hommes dont la raison est obscurcie et dont la conscience est muette, deviennent nécessairement des éléments de troubles et d'agitations. Donc la société est dans son droit

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 169, n° 107; et le t. IV de ces Etudes, n° 56.

en imposant aux étrangers l'instruction, dans laquelle on devrait toujours comprendre l'éducation morale; la police préventive la plus efficace est celle qui moralise les hommes, car nos prisons aussi se recrutent dans l'ignorance, que l'immoralité accompagne toujours.

103. L'application de la règle aux lois de droit public n'est point douteuse; ces lois sont réelles de leur essence, car elles sont la base de la société; c'est par elles que la société existe; de là le nom de *droit constitutionnel* que l'on donne aux lois constitutives de l'état social. Que le statut personnel de l'étranger cède devant les lois publiques de l'Etat où il se trouve, cela est d'évidence. On suppose que son statut est contraire au droit public du pays où il l'invoque; ce statut règle des droits privés, et le droit privé est toujours subordonné au droit de la société, donc le statut personnel est dominé par le droit public du territoire. Il n'y a jamais eu de doute sur ce point; on doit plutôt se garder de donner une trop grande extension au droit public; si la nation est souveraine, les individus le sont aussi dans la limite de leurs intérêts privés.

J'ai eu l'occasion d'appliquer ce principe dans le cours de ces Etudes.

Le citoyen n'est pas libre quand l'homme ne l'est point, et pour que l'homme le soit, il faut que la terre qu'il possède soit libre et ne le rende pas dépendant d'un suzerain. C'est en ce sens que l'article 686 défend d'établir des servitudes contraires à l'*ordre public*, c'est-à-dire, comme le dit l'article 638, « des servitudes qui créeraient une prééminence d'un fonds sur l'autre ». Il suit de là que l'étranger ne pourrait pas, en vertu de son statut personnel, consentir des charges qui rétabliraient la dépendance féodale entre les héritages, et, par suite, entre les personnes.

Notre Constitution abolit la mort civile et elle défend de la rétablir. L'article 13 est placé sous la rubrique du titre qui traite des Belges et de leurs droits. C'est donc une de ces dispositions qui tiennent à la liberté individuelle et qui caractérisent notre droit public. Il suit de là

que la loi qui abolit la mort civile forme un statut réel (1).

Par application du même principe, il faut décider que les congrégations religieuses qui, là où elles sont constituées, sont considérées comme personnes civiles, ne jouiraient pas de la personnification en Belgique. L'abolition des corporations est une loi réelle de droit public. Je me suis si longuement occupé des personnes civiles dans ces Etudes, qu'il est inutile d'insister ici sur un principe élémentaire.

Sont encore réelles, en ce sens, les lois qui établissent des impôts sur les valeurs mobilières ou immobilières. Il ne peut être question d'opposer un statut personnel à des lois d'impôt sans lesquelles l'Etat ne saurait remplir sa mission, sans lesquelles il ne pourrait pas même exister. Il y a ici un intérêt de conservation pour la société, intérêt qui constitue un droit, et le droit de la société domine les droits des individus, nationaux et étrangers.

J'ai dit, dans le cours de ces Etudes, que les lois qui règlent la procédure appartiennent au droit public. En effet, ces lois sont comprises dans la partie du droit administratif qui a pour objet de sauvegarder les droits individuels; les jurisconsultes allemands l'appellent droit de police. La distribution de la justice est le devoir le plus étroit de l'Etat, puisque l'existence de la société est en cause. Donc les lois d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure forment un statut réel, auquel aucun statut étranger ne peut être opposé.

104. Le droit des gens fait aussi partie du droit public. En parlant du droit public, Story cite des exemples empruntés au droit des gens. Des contrats se font pour procurer un emprunt aux Etats-Unis, ayant pour but d'assister des insurgés dans un pays avec lequel les Etats-Unis sont en paix. Ces contrats, on le suppose, sont valables dans le lieu où ils ont été faits, et le droit anglo-américain valide les conventions qui sont conformes à la loi du lieu où elles ont été consenties. Story décide néanmoins que l'on n'en pourra pas demander l'exécution aux Etats-

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, nos 89 et 131; et la Table générale de ces Etudes, au mot *Mort civile*.

Unis, parce que le droit des gens ne permet pas à une nation de favoriser l'un des belligérants au préjudice de l'autre, quand les nations intéressées se trouvent en état de paix. Donc la conservation de l'Etat est en cause, ce qui rend le statut réel. Il en serait de même, dit Story, des contrats faits pour transporter à l'ennemi des biens considérés comme contrebande de guerre (1). On peut voir d'autres exemples dans Wharton (2); je ne les rapporte pas, parce que la solution n'est pas douteuse.

N° 2. L'INTÉRÊT PUBLIC ET LES LOIS PROHIBITIVES.

105. Il y a dans le code Napoléon un grand nombre de dispositions prohibitives, la plupart irritantes, c'est-à-dire qu'il est défendu d'y déroger sous peine de nullité. Faut-il ranger les lois prohibitives parmi les statuts réels? Savigny enseigne que les lois *essentiellement positives et de coaction* forment exception à la communauté de droit, ce qui veut dire qu'elles sont réelles, et excluent, à ce titre, le statut personnel de l'étranger. Il est très difficile de savoir ce que c'est qu'une loi *positive* et *de coaction* (3). Le code italien porte que les conventions privées ne peuvent déroger aux lois prohibitives du royaume concernant les personnes, les biens ou les actes. J'ai examiné cette disposition ailleurs (4), je passe au droit français.

Il y a deux ordres d'idées qu'il ne faut pas confondre. D'abord, il s'agit de savoir si les lois prohibitives emportent nullité; si elles n'emportent pas nullité, on ne peut pas les considérer comme des statuts réels; puisqu'un statut est une loi qui s'impose aux parties intéressées, et qui, par conséquent, exclut l'autonomie. Quand la loi prohibitive emporte nullité, alors naît la question de savoir si elle domine le statut personnel de l'étranger. Il me semble que Savigny et le code italien ont confondu

(1) Story, *Conflict of laws*, § 259, p. 293 (7e édition).

(2) Wharton. *Conflict of laws*, p. 300, nos 496 et 497 de la 1re édition. Une seconde édition va paraître.

(3) Voyez, sur la doctrine de Savigny, le t. II de ces Etudes, p. 362, nos 198-202.

(4) Voyez le tome II de ces Etudes, nos 203 et 204.

ces deux ordres d'idées; ils supposent que toute loi prohibitive lie les étrangers aussi bien que les nationaux, sans doute parce que la loi prohibitive est d'intérêt général et que l'intérêt général l'emporte toujours sur l'intérêt particulier. La supposition n'est pas exacte. Toute loi prohibitive n'est pas irritante et, alors même qu'elle emporte nullité, elle n'intéresse pas nécessairement la société et ses droits; or, dès qu'elle est d'intérêt privé, il n'y a plus de raison pour la soustraire à la règle générale de l'autonomie.

106. Première question : La loi prohibitive est-elle irritante? Oui, dit Merlin, elle implique la nullité des actes qui y sont contraires, sans que la loi ait besoin de la prononcer. Rien ne paraît plus rationnel. Quand le législateur prohibe un acte, il doit avoir des raisons majeures pour le faire; car, en général, il laisse aux particuliers pleine liberté de contracter. Les dispositions prohibitives limitent cette liberté, elles l'enlèvent même quant aux actes qu'elles défendent. Si, malgré cette défense, les particuliers font ce qu'ils n'ont pas le droit de faire, leurs actes ne peuvent avoir aucune valeur; s'ils restaient valables, que deviendrait l'autorité de la loi?

La doctrine de Merlin a été vivement attaquée par Toullier, et elle est aujourd'hui à peu près abandonnée. Il faut se garder d'en conclure que les dispositions prohibitives n'emportent jamais nullité; la nullité est, au contraire, la règle. Mais quelle en est la raison? Est-ce parce que la loi est conçue dans des termes prohibitifs? Ce serait attacher trop d'importance à la forme; il faut pénétrer jusqu'à la moelle des dispositions prohibitives; alors on voit que c'est pour une raison d'intérêt général que le législateur a prohibé une convention, ou une clause que les parties voudraient y ajouter; or, quand la société a un intérêt à la prohibition, cela suppose que son existence, sa conservation ou son perfectionnement sont en cause; dès lors, on est dans la règle générale qui donne au droit de la société la prééminence sur les droits d'intérêt privé. Mais si le droit de la société n'est pas en cause, il n'y a plus de raison de frapper de nullité les conventions, fussent-elles contraires à une loi prohibitive. En effet, il

y a des cas où la loi est prohibitive; et, néanmoins, la défense, de l'aveu de tous, n'est pas sanctionnée par la nullité. Cela est décisif contre le système de Merlin; et c'est pourquoi il a été abandonné (1).

107. Je ne m'arrête pas à cette première difficulté, parce qu'elle concerne surtout le droit civil. Vient maintenant la seconde question. On suppose que la loi prohibitive emporte la nullité des actes qui y sont contraires. Est-ce à dire qu'elle constitue par cela même un statut réel, en ce sens qu'elle domine toujours le statut personnel de l'étranger? Non, cette seconde question est différente; la solution dépend, non de la nullité qui résulte de la prohibition, mais du caractère de la disposition prohibitive : la disposition est-elle d'intérêt général, et est-ce à raison de l'intérêt de la société et de son droit que le législateur a établi la prohibition en la sanctionnant par la nullité; alors il n'y a pas de doute, elle forme un statut réel, qui l'emporte sur le statut contraire de l'étranger. Mais il se peut aussi que, malgré la prohibition et la nullité qu'elle entraîne, la société n'ait ni intérêt ni droit à exclure le statut étranger; dans ce cas, le statut personnel de l'étranger ne sera pas dominé par la loi territoriale.

Je cite comme exemple l'article 1599 du code civil, aux termes duquel la vente de la chose d'autrui est nulle. Voilà en apparence une de ces lois coactives que Savigny et le code italien considèrent comme un statut réel, dans le sens de la doctrine traditionnelle. Il n'en est rien. La nullité de la vente n'implique pas qu'elle est immorale. Les jurisconsultes romains, qui admettaient la validité de la vente, étaient des stoïciens, et s'il y a un reproche à faire à l'école stoïcienne, c'est que sa morale est d'une rigueur excessive. Pothier enseignait aussi que la vente de la chose d'autrui est valable; or, Pothier est le jurisconsulte chrétien et moral par excellence; je n'oserais pas qualifier d'immorale une doctrine que cet excellent auteur approuve. En réalité, la vente de la chose d'autrui ne

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I[er], p. 91, § 3.

viole pas la propriété; les droits du propriétaire restent saufs, il peut revendiquer la chose contre le tiers acquéreur, il peut demander des dommages-intérêts contre le vendeur. Même sous l'empire du code civil, et malgré la prohibition qu'il prononce, je puis vendre la chose d'autrui en déclarant que je m'engage à acheter cette chose pour la procurer à l'acheteur. A plus forte raison, l'étranger peut-il invoquer son statut personnel si, conformément au droit romain, il valide la vente de la chose d'autrui (1).

Je citerai encore comme exemple les articles 1394 et 1395, aux termes desquels les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant le mariage, par acte devant notaire, sans qu'elles puissent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. Ces dispositions impératives et prohibitives emportent nullité, quoique la loi ne la prononce pas. Cela est généralement admis. En faut-il conclure que les articles 1394 et 1395 forment un statut réel? Si l'on s'en tient à l'interprétation que la jurisprudence a donnée au code civil, la négative est certaine : elle considère les formes prescrites par les articles 1394 et 1395 comme une dépendance de la règle *Locus regit actum;* de sorte que des Français pourraient dresser leurs conventions matrimoniales en pays étranger, sous seing privé, si telle était la loi locale. Dans cette opinion, il ne peut pas s'agir de la réalité du statut, car la loi des formes probantes n'est pas un statut réel. Même dans l'opinion que je professe, on ne peut pas dire que les solennités prescrites par le code soient un statut réel. Le législateur a en vue les contrats de mariage que font les Français soit en France, soit en pays étranger; ils ne pourraient pas les dresser par acte sous seing privé dans un pays qui admettrait cette forme; car la loi française ne reconnaît aucune existence aux conventions matrimoniales qui ne sont pas authentiques et antérieures au mariage. Mais les auteurs du code civil n'ont pas entendu imposer ces solennités à des étrangers qui contractent dans leur pays, et si leurs conventions peuvent être rédi-

(1) Voyez mes *Principes de droit civil,* t. XXIV, p. 105, nos 100-125.

gées par acte sous seing privé en pays étranger, il en résulte qu'elles ne sont pas des contrats solennels; dès lors les étrangers pourraient aussi rédiger leurs conventions matrimoniales en France dans la même forme. La société n'a ni intérêt ni droit à imposer aux étrangers des formes qui, après tout, ne sont que d'intérêt privé; dès lors, le statut est personnel de sa nature (1).

N° 3. LES BONNES MOEURS.

108. On a toujours considéré comme réelles les lois qui concernent les bonnes mœurs. Il est d'évidence que la société est intéressée à développer et à fortifier la moralité; c'est un intérêt d'existence, et, par conséquent, un droit auquel personne ne peut opposer un droit quelconque : les peuples périssent quand la corruption vicie les facultés intellectuelles et morales, sans lesquelles l'homme n'est plus ce que Dieu veut qu'il soit, un être doué de raison et de conscience. Si l'on veut que les sociétés modernes ne s'éteignent pas dans la pourriture, comme la société romaine, il faut veiller à ce que le sens moral, affaibli par la chute des vieilles croyances, reprenne une vigueur nouvelle, en se retrempant dans des croyances que la raison puisse accepter et qui éclairent les consciences en les échauffant d'un nouveau rayon de la vérité éternelle. Ce n'est pas ici le lieu de m'étendre sur ces considérations. Si les religions positives trouvent des adversaires, il n'en est pas de même de la morale; il n'y a pas un jurisconsulte qui conteste le principe; si l'on se divise, c'est sur les applications qu'il reçoit.

Ici les difficultés abondent. La religion, les préjugés nationaux jouent un grand rôle en matière de mœurs; de là un conflit inévitable des lois qui régissent les divers peuples. Suffit-il qu'une nation considère une institution comme contraire aux bonnes mœurs pour qu'elle ait le droit de repousser comme immorales les lois étrangères qui la consacrent? Et suffit-il que les mœurs interviennent dans

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. XXI, n[os] 43 49, 57-60.

une loi pour qu'on la déclare réelle? C'est, au témoignage de Savigny, la question la plus difficile de notre science.

Il n'y a pas de morale absolue, comme il n'y a point de vérité absolue. Les sectateurs des religions révélées se récrieront contre cette proposition; cependant, leur propre tradition atteste que les vérités morales et religieuses se modifient sous la loi du progrès qui régit toutes les manifestations de l'esprit humain. Je prends comme exemple le mariage, qui joue un si grand rôle dans notre science. Saint Paul ne voit dans le mariage qu'un remède contre l'impureté, un moindre mal; son idéal, c'est la virginité. Au conseil d'Etat, le premier consul prononça ces paroles profondes que j'ai si souvent citées : Le mariage est l'union des âmes. Je demande de quel côté est la vérité? Il est certain que la moralité s'est transformée; nos sentiments et nos idées ne sont plus ceux des apôtres et des Pères de l'Eglise.

Si la morale change avec les temps et les lieux, comment savoir si une loi intéresse les bonnes mœurs? Les partisans de la vérité absolue disent que si la morale n'est pas toujours et partout la même, elle ne sera qu'un vain mot. On exagère quand on se plaint de l'incertitude de la morale; si elle change, c'est qu'elle va en se perfectionnant. Et quel est l'organe de ce progrès incessant? La conscience humaine. Il y a, à chaque époque de la vie de l'humanité, une doctrine sur la morale que la conscience générale accepte, sauf des dissidences individuelles qui ne comptent pas. En ce sens, on peut dire qu'il y a une morale publique qui apprendra au juge quelles sont les conventions ou les lois contraires aux bonnes mœurs.

Cette considération ne suffit point pour résoudre les difficultés qui se présentent dans cette matière. A une même époque, entre divers pays, les idées morales diffèrent. Nous avons rencontré de ces conflits affligeants. En France, le divorce a été aboli au nom de la morale, tandis que, dans les pays protestants, on considère l'indissolubilité du mariage comme une source d'immoralité quand l'affection a cessé d'unir les époux. En conclura-t-on, dans les pays catholiques, en France et en Italie, que

la loi qui autorise les époux divorcés à se remarier est contraire à la morale, et que, fussent-ils légalement divorcés dans leur pays, on ne saurait leur permettre de contracter une union nouvelle? Dans les pays protestants, on répondra que le divorce est un droit, parce que le mariage est un droit et un devoir; et, au besoin, on favorisera le divorce des époux catholiques étrangers en les aidant à éluder la loi sévère de l'indissolubilité du mariage. Que décider dans ces regrettables conflits? Il faut dire avec le procureur général Dupin : Aucun peuple ne doit avoir la prétention de posséder le monopole de la morale, ni, par conséquent, d'imposer ses lois aux étrangers, comme si elles étaient l'expression de la vérité éternelle. Tolérance et indulgence réciproques : c'est le seul moyen de réaliser la communauté de droit entre les nations.

J'arrive à la doctrine que j'ai suivie dans le cours de ces Etudes. Il ne suffit pas que les bonnes mœurs jouent un rôle dans une loi, pour que, par cela seul, cette loi soit réelle; il faut restreindre le principe aux lois où les bonnes mœurs sont l'élément essentiel; sinon toutes les lois deviendraient réelles. Si l'on considère comme réelles les lois qui concernent les bonnes mœurs, c'est que la moralité est la base de l'ordre social; il faut donc, pour qu'une loi soit réelle à ce titre, que l'existence de la société, sa conservation, son perfectionnement exigent que l'on écarte tout statut étranger qui y serait contraire. J'ajoute encore une restriction : c'est qu'il y ait accord entre les nations civilisées sur la moralité ou l'immoralité d'une institution pour que le statut soit réel; s'il y a désaccord, on ne peut plus dire que la loi a un caractère certain de réalité. Les Anglais rejettent la légitimation par mariage subséquent comme contraire aux bonnes mœurs, tandis que les Français y voient une garantie de moralité. Bien que je sois convaincu que la loi française est conforme à la morale, je n'oserais pas décider que la loi anglaise est immorale; donc, à mon avis, le législateur français devrait respecter la loi anglaise, et le législateur anglais devrait avoir le même respect pour la loi française.

109. J'ai examiné les difficultés qui se présentent en

ce qui concerne les bonnes mœurs dans les matières d'état personnel. Dans les conventions, les difficultés sont moindres, quoique les conflits ne manquent point. Le code civil ne donne pas action pour les dettes de jeu (art. 1965). Le législateur doit réprouver le jeu dès que la passion du gain en est le mobile. Il favorise l'acquisition de la richesse, quand la richesse est le fruit du travail : le travail est la destinée de l'homme, il moralise en même temps qu'il enrichit. Tel n'est pas le gain que l'on fait au jeu; il détourne du travail et devient une source de vices. C'est donc par une considération morale de la plus haute importance que la loi refuse toute action pour les dettes de jeu. A ce titre, le statut de l'article 1965 est une loi réelle. L'étranger ne pourrait pas se prévaloir, devant un tribunal français, de son statut national, qui lui donne action pour une dette de jeu ou pour un pari. Le juge ne peut accueillir une action que la loi territoriale repousse comme contraire à la base même de la société. Vainement dirait-on que le législateur français n'a pas à s'inquiéter de la moralité des étrangers; je réponds que le jugement qui accorderait l'appui de la puissance publique au joueur étranger serait d'un funeste exemple pour tous ceux qui sont tentés de chercher la fortune dans le jeu au lieu de travailler (1).

110. Sur ce point tout le monde est d'accord. Mais que faudrait-il décider si l'action était portée par un Français devant un tribunal étranger dont la loi admet la validité des conventions de jeu? Le juge devra-t-il condamner le défendeur? Si l'on admet le principe que j'ai posé, la négative est certaine; la nationalité des deux parties étant différente, il faut appliquer la loi du lieu où le contrat s'est passé, et cette loi prohibe le jeu. A plus forte raison en serait-il ainsi si deux Français avaient joué en France, et que le débiteur eût transporté son domicile dans un pays étranger où les dettes de jeu donnent lieu à une action, le juge étranger devra appliquer la loi nationale des Français, laquelle leur refuse toute action (2).

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 276.
(2) Asser, *Schets van het internationaal privaatregt*, p. 57 et 58.

Il y a encore une difficulté : les joueurs ne pourraient-ils pas convenir, en France, de se soumettre à la loi étrangère qui valide leur jeu? Il me paraît certain que pareille convention faite par des Français serait nulle; leur loi nationale s'y oppose, elle soustrait le jeu à leur autonomie, ce qui est décisif. S'il en est ainsi entre Français, il faut admettre la même solution quand l'un des joueurs est Français et l'autre étranger; celui-ci pourrait bien se soumettre à la loi étrangère, puisqu'il n'est pas soumis à la loi française, mais le Français ne le peut pas; donc les parties ne peuvent pas convenir qu'elles seront régies par la loi étrangère; forcément elles restent soumises à la loi du lieu où elles contractent (1).

La convention de jeu se fait en France entre étrangers; ils n'auront pas d'action devant les tribunaux français, mais rien n'empêchera le créancier de porter sa demande devant le tribunal de son pays, qui est aussi celui du défendeur, et le juge devra condamner le débiteur, car il doit juger conformément à sa loi nationale quand cette loi est celle des deux parties qui sont en cause. Peu importe que le lieu où les parties ont joué soit un pays étranger dont la loi ne reconnaît pas les dettes de jeu; la loi du lieu n'est pas applicable dans l'espèce.

111. L'article 1965, conçu dans les termes les plus généraux, s'applique aux jeux de bourse comme à toute espèce de jeu. Le code pénal de 1810 a trouvé ces jeux si funestes pour la morale publique et si dangereux, qu'il a puni comme délits les jeux ou paris sur effets publics. Notre nouveau code pénal ne considère plus les jeux de bourse comme des délits, mais peu importe; ces jeux n'en sont pas moins les plus dangereux de tous, à raison de l'appât du gain qu'ils offrent aux mauvaises passions. La cour de cassation de France qualifie ces transactions d'*immorales* et *ruineuses* (2).

112. Les mêmes principes s'appliquent aux loteries, car la loterie est aussi un jeu. La loi qui défend les lote-

(1) En sens contraire, Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 404 et 405.
(2) Cassation, 26 février 1845 (Sirey, 1845, I, 161).

ries indigènes prohibe aussi l'introduction des loteries étrangères, car il y a toujours des loteries établies avec autorisation des gouvernements, vraie spéculation sur la bêtise humaine et sur l'immoralité.

113. Tous ces statuts sont réels. Il a été jugé que le Français qui souscrit en France des obligations en payement de billets pris dans une loterie étrangère ne peut pas y être actionné. Le créancier invoquerait vainement son statut personnel, le statut est hors de cause. Il ne s'agit pas de la capacité des parties, mais d'une prohibition fondée sur les bonnes mœurs; la convention étant sur cause illicite ne peut avoir aucun effet (art. 1131 et 1133 du C. Nap.). Donc elle ne peut devenir valable parce qu'un étranger y intervient; l'étranger lui-même est soumis aux lois territoriales qui sont d'ordre social, partant aux lois qui interdisent les jeux de hasard. Il en serait de même si l'obligation avait été souscrite en pays étranger, dans un lieu où les loteries sont autorisées; le payement n'en pourrait être poursuivi en France. La loi défend la publication et l'introduction en France (et en Belgique) des loteries étrangères; elle ne peut donc pas donner action à une loterie, quand même la convention aurait été faite à l'étranger (1).

Il en est de même d'une convention faite par deux étrangers, dont la loi personnelle autorise les loteries. Le juge français ne peut recevoir une action fondée sur une cause que la loi française déclare illicite. C'est le cas d'appliquer le principe que le statut territorial domine tout autre statut, quand les droits de la société sont en cause (2).

Les tribunaux étrangers, dans un pays où les loteries sont autorisées, pourraient-ils recevoir l'action si des Français figuraient dans la convention? Dans l'intérêt de la morale internationale, la convention devrait être réprouvée; il ne faut pas favoriser la violation des lois d'ordre public en permettant aux Français de faire à l'étranger des conventions qui leur sont interdites en France. Mais je doute que ces principes soient admis dans la pratique. Le statut

(1) Massé, *Le Droit commercial*, t. Ier, n° 570, p. 470 (2e édit.).
(2) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 37, n° 47.

étant réel, le juge étranger n'a pas à se préoccuper de la nationalité des personnes qui figurent dans une convention; d'après la loi du for, elle est licite; dès lors, il lui donnera effet (1). Il y aurait cependant lieu de faire exception à la règle si le Français avait contracté à l'étranger pour faire fraude à la loi française : la fraude vicie tout et fait exception à toute loi. En tout cas, si un jugement intervenait, en pays étranger, contre le Français qui aurait contracté une dette de loterie ou de jeu, ce jugement ne pourrait être déclaré exécutoire en France, car on ne peut exécuter un jugement au nom de la puissance publique quand il est contraire au droit de la société où il devrait recevoir son exécution.

La jurisprudence anglo-américaine paraît aller plus loin. Il a été jugé que les dettes de jeu contractées dans un pays où la loi donne action au créancier peuvent être poursuivies en Angleterre, quoique la loi anglaise ne reconnaisse pas les dettes de jeu. De même il a été jugé, aux Etats-Unis, qu'une dette de loterie, légalement contractée dans un pays qui autorise les loteries, peut être poursuivie devant les tribunaux d'un Etat qui les prohibe (2). Peut-être, dans cette dernière espèce, la faveur de la cause aura-t-elle exercé une influence sur la décision; il s'agissait d'une loterie organisée dans l'intérêt d'un établissement d'instruction; nos lois autorisent ces loteries, parce que c'est un acte de charité, et la meilleure bienfaisance n'est-elle pas celle qui moralise et prévient la misère? La jurisprudence anglo-américaine, si elle admet l'action pour toute loterie, est en contradiction avec un principe que Story enseigne à chaque page, à savoir que l'on ne doit pas donner effet à des lois ou à des conventions étrangères quand elles sont en opposition avec la police de l'Etat où on les invoque. Or, qu'y a-t-il de plus contraire à la police d'un Etat commerçant et industriel que des lois et des conventions qui détournent les hommes du travail et leur donnent des habitudes de

(1) C'est l'opinion de Massé, qui invoque l'autorité de Casaregis (*Droit commercial*, t. Ier, p. 471, n° 570).
(2) Wharton, *Conflict of laws*, p. 389, § 492, et p. 387, § 487.

dissipation et de débauche? Car le jeu est comme l'oisiveté : il engendre tous les vices.

N° 4. LA MORALE INTERNATIONALE.

I. *La contrebande.*

114. M. Massé pose en principe qu'un acte directement contraire aux lois d'un pays étranger, et fait précisément dans le but de violer ces lois, n'en est pas moins valable et obligatoire s'il n'est pas contraire aux lois du pays où il est fait ou exécuté. Il cite comme exemple les contrats qui ont pour objet la contrebande à l'étranger, soit qu'il s'agisse de former des sociétés pour faire cette contrebande, soit qu'il s'agisse d'assurer les marchandises ou le navire contre les risques auxquels les expose ce *dangereux commerce.*

Telle est, en effet, la jurisprudence de tous les pays civilisés, la France, l'Angleterre, les Etats-Unis. C'est un triste exemple de l'absence de sens moral, qui caractérise malheureusement nos sociétés, dans toutes les relations de la vie et dans toutes les conditions sociales. Qui se fait scrupule de violer les lois de douane de son pays? C'est un délit, c'est un vol; mais telle est l'altération de la conscience publique, que les hommes les plus honorables ne se font aucun scrupule de violer la loi et de voler l'Etat. Que l'on examine de près les comptes que l'on fournit aux administrations publiques ou communales, et l'on sera épouvanté des malhonnêtetés de tout genre que l'on y découvrira. Mais si l'on peut tromper l'Etat, pourquoi ne tromperait-on pas les tiers par de fausses écritures et par de faux bilans, et par ces mille actes plus ou moins malhonnêtes qui souillent le commerce et l'industrie? Il n'y a qu'une conscience, comme il n'y a qu'une morale. S'il y a une morale qui permet de voler l'Etat étranger, cette morale immorale ne conduira-t-elle pas à voler aussi l'Etat auquel on appartient? Et si le vol est permis ou excusé quand il se commet au préjudice de l'Etat, c'est-à-dire de la nation, pourquoi ne serait-il pas excusable quand ce sont des tiers que l'on vole? La moralité est en cause dans

ces affligeants débats : c'est la raison pour laquelle je veux discuter la question sous toutes ses faces.

Elle me paraît d'une simplicité extrême : la décision est écrite dans les textes du code civil. Aux termes de l'article 1131, l'obligation sur *cause illicite* ne peut avoir aucun effet. Qu'est-ce qu'une cause illicite? L'article 1133 répond : « La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est *contraire aux bonnes mœurs* ou à l'ordre public. » La contrebande à l'étranger est-elle fondée sur une cause illicite? On ne viole pas de loi nationale, en ce sens que nos lois ne punissent pas cette contrebande ; mais la cause n'est-elle illicite que lorsqu'elle viole une loi pénale? Le code répute illicite non seulement la cause qui est prohibée par la loi, mais aussi celle qui est contraire aux *bonnes mœurs*, sans qu'il faille une *loi* qui prévoie le fait immoral. Or, faut-il demander si la contrebande est contraire aux bonnes mœurs? La jurisprudence même qui la valide la qualifie de *vice*. Est-ce que le *vice* n'est pas un acte immoral? La contrebande trompe l'Etat étranger : est-ce que *tromper* n'est pas un acte contraire aux bonnes mœurs? Les contrebandiers volent l'Etat étranger en fraudant ses lois fiscales : est-ce que frauder et voler ne sont pas des actes immoraux? Je vais transcrire la réponse, elle est d'un jurisconsulte païen ; que nos légistes, qui se disent chrétiens, lisent la leçon de morale que leur donne Papinien : « Pacta quæ lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, *quæ contrà bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est* (1). » Voilà le commentaire de l'article 1133 : le texte et les paroles de Papinien mettent à néant tout ce que l'on a dit pour justifier une pratique qu'aucun jurisconsulte n'aurait jamais dû excuser.

115. Dans l'ancien droit, la question s'est présentée pour le contrat d'assurance. Un négociant français fait charger clandestinement des marchandises de soierie en violant les lois d'Espagne qui en défendent l'exportation ;

(1) L. 15, D., *De condit inst.* (28, 7).

le vaisseau est arrêté et les marchandises sont confisquées. Les assureurs seront-ils tenus de cette perte? Oui, disait Vaslin, pourvu que les assureurs aient su que les marchandises étaient de contrebande. Il cite une consultation et un arrêt du parlement d'Aix du 30 juin 1758. On dit qu'il n'est pas défendu à un Français de faire en pays étranger un commerce de contrebande qui n'est défendu que par les *lois de ce pays*, auxquelles le Français n'est pas *sujet*. Ce commerce n'étant pas illicite, ce contrat d'assurance qui intervient pour l'assurer n'a rien non plus d'illicite; partant, les assureurs peuvent se charger du risque de la confiscation, de même que des autres fortunes de mer.

Pour toute réponse, je renvoie Vaslin et ses consulteurs à Papinien; il leur apprendra, puisqu'ils l'ignorent, ce que c'est que la morale. Nous allons entendre Pothier. « Il est *faux*, dit-il, qu'il soit permis à un Français de faire dans un pays étranger un commerce de contrebande défendu par les lois du pays. Ceux qui commercent dans un pays sont, par le *droit des gens* et par la *loi naturelle*, obligés de se conformer, pour ce commerce, aux lois du pays où ils le font. Chaque souverain a empire et juridiction sur tout ce qui se fait dans le pays où il a droit de commander; il a, par conséquent, le droit de faire, pour le commerce dans ses Etats, des lois qui obligent tous les commerçants, les étrangers aussi bien que ses sujets. On ne peut disputer à un souverain qu'il n'ait le droit de retenir dans ses Etats certaines marchandises qui y sont et d'en défendre l'exportation; les en exporter contre ses ordres, c'est porter atteinte au droit qu'il a de les y retenir, et, par conséquent, c'est une injustice. D'ailleurs, quand même, ce qui est faux, un Français ne serait pas par lui-même sujet aux lois d'Espagne pour le commerce qu'il y fait, on ne peut pas disconvenir que les Espagnols, dont il est obligé de se servir, sont sujets à ces lois, et qu'ils pèchent grièvement en concourant à l'exportation qu'elles défendent. Or, par cela même qu'il ne peut faire ce commerce de contrebande en Espagne sans engager des Espagnols à pécher, il pèche lui-même, car c'est

pécher que d'engager quelqu'un à pécher. Ce commerce est donc illicite et contraire à la bonne foi; et, par conséquent, le contrat d'assurance qui intervient pour favoriser et assurer ce commerce, en chargeant l'assureur des risques de la confiscation, est particulièrement illicite et ne peut, par conséquent, produire aucune obligation (1). »

116. Les raisons de Pothier n'ont pas convaincu les interprètes du code civil. Nous allons voir s'ils en ont de meilleures. Je commence par la jurisprudence. En 1824, une société se forme entre des Français et des Espagnols pour soumissionner le service des vivres et fourrages de l'armée française qui intervenait en Espagne dans l'intérêt d'un roi parjure. Le but secret de l'association était d'introduire en Espagne une grande quantité de denrées de contrebande, soit en trompant les préposés de douane, soit en achetant leur complicité. La société fit d'immenses opérations et réalisa de grands bénéfices. Elle finit le 31 décembre 1825. Quand on procéda aux comptes, des difficultés s'élevèrent entre les associés; ces honnêtes commerçants, si peu scrupuleux quand il s'agissait de faire de gros bénéfices en fraudant et en corrompant, devinrent subitement de rigoureux moralistes. Le gérant de la société avait porté en compte des dépenses secrètes pour obtenir la connivence des douaniers. Cela n'est pas correct, dit un de ses associés, nouveau Papinien : acheter la tolérance des préposés de la douane, c'est les corrompre. Il est très vrai, dit le défendeur, que les opérations que j'ai faites sont immorales; mais les conventions sur cause illicite ne produisent aucun effet, donc aucune action; je n'ai pas de compte à rendre.

La cour de Pau commence par constater, en droit, que, « bien que les gouvernements interdisent le commerce interlope, les peuples ne laissent pas de s'y livrer les uns chez les autres; et que les *mœurs*, en cela plus puissantes que les *lois*, l'ont toujours *autorisé*. » J'arrête la cour. Elle avoue que le commerce interlope, ou la contrebande internationale, est illicite. Cela décide la question, toute

(1) Pothier, *Traité du contrat d'assurance*, n° 58.

cause illicite viciant les conventions à ce point qu'elles ne peuvent produire aucun effet. Qu'importe que, de fait, les peuples fassent ce qu'ils n'ont pas le droit de faire?

La cour continue : « La jurisprudence a toujours reconnu que le commerce interlope peut devenir la matière d'un contrat d'assurance valable; et les motifs qui l'ont déterminée doivent également faire décider que ledit commerce peut aussi faire l'objet d'une société entre Français. » J'écarte la jurisprudence : tous les arrêts du monde ne peuvent l'emporter sur la loi. La cour insiste sur la différence entre la *ruse* et la *corruption* : « Ceux qui emploient simplement la ruse pour tromper la surveillance des préposés de la douane violent, il est vrai, des lois prohibitives, mais ces lois n'obligent que les sujets du prince qui les a établies, et les tribunaux d'un autre pays ne sont pas chargés d'en réprimer l'infraction. » Ici il y a confusion d'idées. Sans doute le juge français ne peut prononcer une peine établie par une loi étrangère, mais il ne s'agit pas de punir, il s'agit de savoir si la contrebande étrangère est un fait illicite, en ce sens qu'il est immoral, et cela ne saurait être contesté. En décidant que le fait est *licite,* la cour de Pau joue sur les mots; la contrebande étrangère est licite en France, en ce sens qu'elle n'est pas punie par le code pénal, mais il suffit que la contrebande soit un délit en Espagne, et un délit partout, pour que le fait soit contraire aux bonnes mœurs; dès lors, il tombe sous l'application des articles 1131 et 1133.

C'est cependant sur cette équivoque qu'est fondé l'arrêt de rejet intervenu sur le pourvoi en cassation : « Considérant que la contrebande en pays étranger, à l'aide de ruse employée pour tromper les préposés chargés de l'empêcher, n'est *prévue* ni *réprimée* par aucune loi française. » *Réprimée* comme *délit,* non; *prévue* comme *fait immoral,* oui. La cour de cassation a oublié l'article 1133. Elle ne dit pas, et qui oserait le dire? que la contrebande est licite, en ce sens que c'est un fait moral; elle dit que les contrebandiers n'ont violé aucune loi française, ce qui est évident; mais ils ont fait une convention contraire aux

bonnes mœurs, donc une convention sur cause illicite, et sans effet, à ce titre (1).

117. Une cour d'appel va nous dire crûment quel est le caractère de ce qu'on appelle *commerce* interlope. On lit dans un arrêt de la cour d'Aix que « la contrebande est un *vice* commun à toutes les nations ». Si c'est un *vice*, il est évident que le fait est immoral, or il suffit que la *cause* de l'obligation soit contraire aux bonnes mœurs, pour être illicite, et pour vicier le contrat dans son essence (art. 1131 et 1133). La cour d'Aix insiste et dit que « la contrebande est une *sorte* de *guerre* constante que les nations se livrent, même dans les temps de paix réelle, par suite des diverses prohibitions que les gouvernements établissent sur les marchandises ». C'est une nouvelle contradiction dans les termes : il est impossible qu'il y ait *guerre* dans un état de *paix réelle*, les deux faits sont incompatibles. La cour dit mal, en affirmant que les *nations* se font la guerre par la contrebande ; la guerre a lieu entre Etats, tandis que la contrebande est le fait des individus qui se mettent en révolte contre les lois du pays où ils sont reçus sous la condition de respecter les lois. La cour d'Aix ajoute que cette guerre est un droit de représailles que l'on exerce réciproquement (2). C'est une nouvelle erreur. Les représailles supposent un acte d'hostilité émané d'un peuple; s'il refuse de faire droit aux réclamations de l'État qui est lésé, celui-ci se fait justice à lui-même par voie de représailles, justice sauvage, mais admise par le droit des gens. Où est, dans l'espèce, l'hostilité? où est le droit des contrebandiers qui, sans titre aucun, se rendent coupables d'un vrai acte d'hostilité? Tous les éléments des représailles font défaut.

118. M. Massé, après avoir répété ce que dit la cour d'Aix, ajoute que la contrebande internationale est un moyen *commercial* permis aux uns, par la raison que les autres se le permettent. Nos rivaux volent, donc il nous est aussi permis de voler; ils exercent la piraterie, donc nous avons le droit de nous faire pirates. Quelle morale,

(1) Rejet, 25 août 1835 (Sirey, 1835, 1, 673).
(2) Aix, 30 août 1833 (Sirey, 1834, 2, 161).

grand Dieu! On voit à quoi aboutit le principe de l'intérêt, dans les relations internationales privées. Il s'agit de savoir si c'est la justice qui doit régner entre les peuples, dans le domaine des intérêts privés, ou si l'intérêt domine la justice. M. Massé se range résolûment du côté de l'intérêt : « La contrebande rétablit entre les rapports commerciaux une balance qui serait continuellement rompue, si une nation *trop scrupuleuse* s'abstenait d'un commerce interlope que se permettent les étrangers. » Ce n'est pas là la morale que les économistes du dix-huitième siècle ont prêchée au nom de la science des intérêts; ils plaçaient la justice au-dessus du *doit et avoir*, et ils disaient avec le Christ : Faites ce qui est juste, et vous verrez que ce qui est juste est aussi profitable. Si je critique si sévèrement un écrivain que j'aime du reste à citer, c'est qu'il a dit en faveur de la mauvaise cause qu'il défend tout ce qu'il est possible de dire. Mais il n'est pas le seul coupable. Ecoutons Pardessus : « La contrebande est un délit seulement pour les sujets qui violent les lois de leur pays. A cet égard, les gouvernements vivent dans un état d'hostilité permanente, et sans favoriser ouvertement les entreprises des contrebandiers, ils ne les proscrivent pas. L'équilibre des *intérêts commerciaux* serait gravement compromis si une nation voulait prohiber sévèrement la contrebande, alors que les autres la permettent (1). » « En violant les lois étrangères, dit M. Massé, les nationaux n'ont aucun compte à rendre aux lois de leur pays qu'ils n'ont pas violées (2). » Toujours la même confusion. Non, les contrebandiers ne violent pas leur loi nationale, mais ils violent la loi éternelle qui interdit la fraude; ils violent la loi qui leur commande d'observer les lois de police du pays dont ils fraudent les lois fiscales. Si les étrangers sont soumis en France aux lois de police, par contre, les Français sont soumis aux lois de police dans le pays où ils font le commerce.

119. J'ai hâte d'arriver aux auteurs modernes qui, la

(1) Pardessus, *Droit commercial*, n° 1492. Emérigon, *Traité des assurances*, chap. VIII, § 5.
(2) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, n° 568, p. 467.

plupart et dans tous les pays, combattent la morale immorale que je viens de critiquer. Un de nos meilleurs jurisconsultes, Delangle, a pris parti pour Pothier contre les défenseurs de la fraude internationale. A l'époque où il écrivait, l'esclavage souillait encore les Etats-Unis : le commerce des noirs y était licite. Supposons, dit-il, que des Français s'associent pour cet odieux trafic, dans un pays dont les lois l'autorisent; les tribunaux français recevront-ils l'action de ces honnêtes commerçants, quand ils se disputeront sur le partage des bénéfices? M. Massé objecte que la comparaison est inexacte; la loi française interdit la traite des noirs, elle n'interdit point la contrebande internationale. Je demanderai si la loi française a toujours interdit la traite des noirs. Et du temps où elle la permettait, la convention pour introduire des esclaves dans un pays qui, je le suppose, l'interdit, était-elle une convention morale? Tout ce que Delangle entend dire, c'est qu'une convention, quoique licite dans le pays où elle intervient, peut être illicite là où l'on en poursuit l'exécution, parce qu'elle y viole les bonnes mœurs et l'ordre public, et cela ne saurait être contesté, puisque c'est un principe universellement admis (1).

L'opinion de l'*honnête* Pothier a fini par l'emporter chez les auteurs récents. M. Demangeat dit, dans ses notes sur Fœlix : « M. Massé a dit, je crois, tout ce qu'on peut dire pour réfuter la doctrine de Pothier. En définitive, je préfère la doctrine *honnête* de Pothier à la doctrine *économique* de Valin et d'Emérigon (2). » Voilà le cri de la conscience; seulement il ne faut pas rendre l'économie politique responsable des aberrations de quelques légistes. L'économie politique combat les lois prohibitives qui donnent lieu à la contrebande, mais elle n'approuve pas les contrebandiers, et je doute que ceux-ci se livrent à ce commerce malhonnête par amour pour le libre échange!

120. M. Brocher va nous dire ce que l'on pense, en Suisse, de la contrebande. « C'est, dit-il, une lutte contre

(1) Delangle, *Traité des sociétés commerciales*, t. Ier, n° 104.
(2) Demangeat, sur Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 236, note *a* (4e *édit*.).

la loi; elle ne peut vivre que de ruse, de violence ou de corruption; elle a sa source dans un amour désordonné du gain; elle attire sur les frontières une population dont les habitudes sont irrégulières et dangereuses. Il semble donc que chaque Etat devrait la considérer comme un *fait immoral* et *contraire* à l'ordre, même quand elle s'exerce contre l'étranger. Mais tout un passé *ténébreux* de *rivalités égoïstes* et *jalouses* pèse sur ces rapports qu'il a couverts d'obscurité. » M. Brocher rapporte ensuite ce que Pardessus dit pour justifier l'*immoralité;* puis il ajoute: « Espérons qu'une pareille doctrine finira par disparaître sous l'action d'idées plus saines (1).

C'est réellement un spectacle affligeant que celui des aberrations morales auxquelles nous assistons; il témoigne contre notre civilisation dont nous sommes trop fiers. Pour qu'un peuple puisse se dire civilisé, il ne suffit point du progrès intellectuel et matériel; il faut avant tout que le sens moral se développe et se fortifie. Tant que l'on voit les jurisconsultes, interprètes de la conscience légale, se diviser sur la moralité de la contrebande internationale, on doit avouer que notre niveau moral est encore bien bas. J'accumule les témoignages, afin de montrer que le progrès moral s'accomplit, quoique lentement.

Fiore écrit dans la langue de Machiavel. Mais quel abîme entre la doctrine du seizième siècle, qui répute juste tout ce qui est utile, et celle du dix-neuvième! Le légiste italien dit qu'il ne saurait accepter l'opinion de Pardessus et de Massé. Il ne veut pas croire que les Etats vivent dans une hostilité permanente. Il en était ainsi dans l'antiquité. Le commerce même était une guerre, la piraterie était un fait universel, que la conscience publique ne réprouvait point. Aujourd'hui la piraterie figure dans toutes les lois comme un crime. Les nations commerçantes, au lieu de se combattre sur les mers, font des traités de commerce. Massé reproche à Pothier de n'avoir considéré qu'une des faces de la question, celle de l'honnêteté; Fiore rétorque le reproche contre les défenseurs

(1) Brocher, *Droit international privé*, p. 365, n° 147.

de la contrebande, qui ne voient que l'utile là où ils devraient voir le juste. Beccaria dit que la contrebande est un vol commis au préjudice de la nation dont les lois de douane sont violées. Le juge qui donne la sanction de la puissance publique aux conventions des contrebandiers se fait donc le complice d'un vol! A la doctrine ancienne de l'isolement hostile des peuples, Fiore oppose la doctrine des économistes du dernier siècle, la solidarité des intérêts nationaux (1). Il aurait pu ajouter qu'il y a aussi une solidarité d'honneur, et que le lien moral qui unit les nations doit les empêcher de prêter appui à la fraude. Notre science surtout doit flétrir la mauvaise foi. L'idéal du droit international privé n'est-il pas d'établir la communauté de droit entre les peuples? Et comment le droit les unira-t-il, si chacun considère comme un bien le dommage que la fraude fait aux autres?

121. Les Allemands se sont toujours distingués par leur honnêteté; ils sont même disposés à mettre la moralité éternelle au-dessus du droit strict, comme Bluntschli l'a fait dans la question du divorce. Nous allons entendre un économiste et un jurisconsulte, esprits très positifs, discutant froidement le pour et le contre, et prenant parti, comme Pothier, pour l'honnête. Mohl pose la question en ces termes : La contrebande étrangère se concilie-t-elle avec les notions de droit et de justice qui sont les bases des relations internationales? A la morale on oppose l'intérêt. Prenez-y garde, dit Mohl, la contrebande est une arme à deux tranchants. Vous applaudissez au mal que les contrebandiers font à vos rivaux. Admettons, ce qui n'est pas vrai, que le mal que la contrebande fait à une nation étrangère soit un profit pour vous. Craignez les représailles. D'abord de l'étranger : ce sera une lutte de fraude, celui qui gagne aujourd'hui comme fraudeur perdra demain comme fraudé. En définitive, tous perdront, ce qui est une singulière façon de gagner. Puis craignez vos propres contrebandiers. Pourquoi respecteraient-ils vos lois, quand vous les autorisez à violer les lois étrangères? On

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 382, n° 287.

a remarqué que la population des frontières, qui vit de contrebande, est en révolte avec les lois nationales, aussi bien qu'avec les lois étrangères. Mettrez-vous aussi ce résultat fatal de la contrebande au compte des profits qu'elle vous procure (1)?

Bar, un des maîtres de notre science, commence par rappeler qu'il faut une cause licite pour la validité d'une obligation conventionnelle. Quelle loi doit-on considérer pour déterminer si la cause est licite ou non? On admet généralement que c'est la loi du lieu où l'obligation doit être exécutée. Sans doute, le juge ne peut valider une obligation que la loi de son pays déclare illicite, c'est-à-dire contraire aux bonnes mœurs. Mais n'en est-il pas de même des juges de tous les pays? Si le juge du lieu de l'exécution valide une obligation que la loi de son Etat reconnnaît comme licite, il viole le droit de l'Etat qui réprouve cette même obligation comme illicite. Faut-il faire une exception à ces principes pour la contrebande étrangère? On invoque le droit de représailles. Ce droit a ses limites. On conçoit que les Etats se fassent une guerre de douanes, à titre de représailles. Mais si une nation protége la fraude et le vol, cela n'autorise pas les autres Etats à protéger le vol et la fraude. Les défenseurs mêmes de la fraude font exception pour la corruption. Cette inconséquence témoigne contre la doctrine. Il n'y a pas de demi-morale (2). Mohl cite un arrêt de la cour d'appel de Cassel, qui a jugé en ce sens (13 décembre 1828).

122. Les cours d'Angleterre et des Etats-Unis ont pris parti pour la contrebande internationale. Mais je suis heureux de constater que les légistes des deux pays se prononcent pour la doctrine de l'honnête Pothier. Story s'en félicite. Je citerai quelques mots empruntés à Chitty, dans un ouvrage qui traite du commerce et des manufactures (p. 83 et 84) (3). Il lui répugne, dit-il, d'accepter les décisions des cours anglaises; il préfère l'opinion de Po-

(1) Mohl, *Staatsrecht, Volkerrecht, und Politik*, t. Ier, p. 724.
(2) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 246 et 247.
(3) Marshall, dans son traité des *Assurances*, p. 59-61 (2e édit.), émet la même opinion.

thier, qu'il reproduit en renforçant les termes dont le jurisconsulte français se sert. Bien des lecteurs auront souri en entendant Pothier traiter de *péché* le fait des contrebandiers qui violent les lois d'un Etat étranger, et qui excitent ses sujets, les agents de la douane, à les violer : l'écrivain anglais le qualifie de péché, de *crime de turpitude morale* (1).

Kent, le grand jurisconsulte américain, mérite d'être cité à côté de Pothier. Il rapporte les décisions de lord Mansfield et de lord Hardwicke conformes à la jurisprudence française. Kent leur reproche cette morale relâchée. Chez nous, dit-il, on suit à la lettre la doctrine anglaise. Il y a de quoi s'étonner et il faut regretter que des nations telles que la France, l'Angleterre et les Etats-Unis, qui toutes se font gloire de pratiquer une justice éclairée et honnête, protégent néanmoins et encouragent des contrebandiers : la justice devient complice de la mauvaise foi, de la déloyauté, et de la corruption (2) !

Story adopte la règle, universellement reçue, d'après laquelle on déclare valables partout les contrats qui sont valides en vertu de la loi du lieu où ils ont été passés. Mais cette règle reçoit exception quand les actes faits à l'étranger sont contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs du pays où l'on veut s'en prévaloir. Ne faut-il pas aller plus loin, et réputer nulles partout les conventions qui blessent la religion et les bonnes mœurs, sans lesquelles il n'y a pas de société possible? Cependant la jurisprudence les valide. Story dit que les cours ont subordonné la morale à l'intérêt du commerce, intérêt très douteux, alors qu'elles auraient dû écouter la bonne foi et le respect du droit (3).

II. *La fraude internationale.*

123. Un acte est fait à l'étranger en fraude de la loi nationale des parties contractantes ou de l'une d'elles. La

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 291, § 257, note *a* (7e édit.).
(2) Kent, *On american law*, t. III, lecture 48, p. 364-366 (265 et 266) de la 14e édition.
(3) Story, *Conflict of laws*, p. 282, § 245; p. 291, suiv., et note 1, § 297.

convention est-elle nulle si, d'après la loi du pays où elle intervient, elle est valable? J'ai rencontré bien des fois cette question dans le cours de mes Etudes, et je l'ai toujours décidée dans le sens de la nullité des actes par lesquels les parties cherchent à éluder la loi (t. II, n[os] 294-301). Il ne vaudrait pas la peine de revenir sur cette doctrine si elle ne soulevait une question de moralité internationale, qui a donné lieu à un conflit dans la fameuse affaire Bauffremont. Que la princesse ait éludé la loi française, à laquelle elle était sujette, en se faisant d'abord naturaliser en Allemagne, puis en contractant un second mariage au mépris de la loi française qui déclare le mariage indissoluble, cela est d'une évidence telle, qu'il est impossible de le nier (1). Si, dit un jurisconsulte suisse, il n'y a pas fraude à la loi dans l'espèce, elle n'existera jamais (2). Du reste, il y a chose jugée, à cet égard : la cour de Paris et la cour de Bruxelles ont décidé que la naturalisation et le second mariage qui l'a suivie étaient des actes frauduleux, en ce sens que la princesse avait fait fraude à la loi française et aux droits que le mari tient de cette loi.

On a prétendu que celui qui fait ce qu'il a le droit de faire ne fraude ni la loi ni les droits des tiers. Dans l'affaire Bauffremont, la princesse ne pouvait pas même dire qu'elle agissait dans la limite de ses droits; car, femme mariée, et frappée d'incapacité juridique, il ne lui était pas permis de demander la naturalisation sans autorisation maritale, donc son changement de patrie et de statut était nul; la fraude est venue aggraver la nullité. Mais la fraude seule aurait suffi pour annuler la naturalisation et le mariage. Le cas s'est présenté plus d'une fois; des Français, soit le mari seul, soit les deux époux, se faisaient naturaliser en Suisse, non pour acquérir une nationalité nouvelle, mais pour rompre leur mariage par le divorce; puis il est arrivé que la femme, presque immédiatement après avoir acquis la nationalité suisse, l'abdi-

(1) Gabba, *Le second mariage de la princesse de Bauffremont*, Paris, 1877, p. 32 (Extrait de la *Revue pratique de droit français*).
(2) Teichman, professeur en droit à Bâle, *Etude sur l'affaire de Bauffremont* (Bâle, 1876), p. 28, note 9.

quait de nouveau, et recouvrait la nationalité française en contractant un second mariage avec un Français. Le seul but des conjoints, en changeant de patrie, était de divorcer, en fraude de la loi française qui impose aux époux l'indissolubilité du mariage; la naturalisation était le moyen par lequel les époux, ou l'un d'eux, parvenaient à dissoudre un mariage indissoluble, au mépris de leur loi nationale. Il y a fraude, dans ce cas, et la fraude vicie tout (1).

124. Telle est l'opinion unanime des anciens jurisconsultes : elle a été consacrée implicitement par les auteurs du code civil, et elle est enseignée par la plupart des auteurs modernes (2). La fraude ne peut s'accomplir qu'avec le concours de la justice ou de l'administration étrangères. Je reprends l'exemple que je viens de donner, la naturalisation demandée pour frauder le statut personnel de l'indissolubilité du mariage : la fraude ne peut se faire qu'avec le concours de l'autorité qui a accordé la naturalisation. En Belgique, il faut une loi; ailleurs, un décret du gouvernement suffit. Je demande si l'autorité étrangère doit prêter son concours à la fraude en accordant la naturalisation, alors qu'elle sait que le changement de patrie n'a d'autre but que de frauder les lois de la patrie d'origine.

La fraude peut se faire dans d'autres circonstances et avec le concours d'autres autorités. Un mineur français va se marier en Angleterre, pour éluder la loi française qui défend le mariage avant l'âge de vingt-cinq ans sans le consentement des ascendants. Le mariage qu'il contractera est nul en France, parce qu'il fait ce qu'il n'a pas le droit de faire, puis parce que l'acte est en fraude de la loi française. L'officier public qui intervient dans la célébration du mariage doit-il prêter son ministère à cet acte?

Un mineur hollandais, qui possède un immeuble en Belgique, veut le vendre, sans les conditions exigées par sa loi nationale. L'acte sera nul, comme illégal et comme

(1) Voyez les témoignages dans mes Etudes. Pour ne pas multiplier inutilement les citations, je renvoie à la *Table générale*, au mot *Actes frauduleux*

(2) Voyez les témoignages dans Story, *Conflict of laws*, p. 90, et mes Etudes, t. II, p. 542.

frauduleux : le notaire doit-il consentir à instrumenter.

Le juge étranger est appelé à connaître de la validité d'un acte qu'une partie se propose de faire en fraude de son statut personnel : doit-il prêter son concours à l'acte, s'il est valable d'après la loi territoriale? Par exemple, doit-il prononcer un divorce, demandé en suite d'une naturalisation frauduleuse, si la fraude est démontrée?

Dans le cours de ces Etudes, j'ai émis à plusieurs reprises l'opinion que l'autorité étrangère, appelée à concourir à un acte frauduleux, doit refuser son ministère. Le seul auteur qui, à ma connaissance, ait traité cette question la décide en ce sens. Huber suppose que le magistrat étranger a connaissance du dessein que les futurs époux ont d'éluder les lois de leur patrie en se mariant à l'étranger; s'il prête son ministère, il le fait *sciens* et *volens*. Le mariage sera nul, cela va sans dire, dans la patrie des époux; le magistrat qui a procédé à la célébration du mariage se rendra donc complice d'une fraude, et il porte la responsabilité morale des conséquences de la nullité: les époux réputés concubins, les enfants considérés comme bâtards, le trouble jeté dans les familles, les lois violées, leur autorité méprisée. C'est agir contre le droit des gens, dit le jurisconsulte hollandais, que d'aider les citoyens d'un autre Etat à éluder les lois de leur patrie.

Huber invoque le droit des gens. Le but de notre science est d'établir entre les nations une communauté de droit, dans le domaine des intérêts privés. Pour qu'il y ait un lien de droit entre les peuples, il faut que dans chaque pays le juge territorial décide comme aurait fait le juge national des parties intéressées : si celui-ci annule le mariage contracté en fraude des lois au nom desquelles il rend la justice, le juge étranger en doit faire autant. Si l'officier public refuse de célébrer un mariage contraire à la loi française, l'officier étranger doit agir de même. La conscience fait un devoir au fonctionnaire étranger de ne pas se rendre complice d'une fraude; sa qualité de magistrat lui impose un devoir plus strict, c'est de refuser son concours à un acte qui détruit l'autorité de la loi. Qu'importe que ce soit une loi étrangère? Si l'on apprend aux étran-

gers à violer les lois de leur pays, comment veut-on que les citoyens respectent les lois nationales? Dès qu'une loi, fût-elle étrangère, est violée avec la collusion de ceux qui ont mission de faire respecter les lois, c'en est fait de leur autorité. Et quand les lois cessent d'être respectées et obéies, que deviendront les sociétés? C'est détruire le fondement sur lequel elles reposent. Il y a, sous ce rapport, solidarité entre tous les peuples; ils doivent unir leurs efforts pour le maintien du droit, s'ils veulent que le droit règne dans le monde.

Un juge anglais d'une grande réputation, lord Stowell, dit que cette doctrine est impraticable. Comment veut-on que l'officier public qui célèbre les mariages connaisse les lois de ceux qui se présentent devant lui pour contracter mariage? Je réponds que les traités n'auraient qu'à exiger, pour la validité des mariages contractés à l'étranger, un certificat délivré par l'autorité compétente, constatant qu'il n'existe aucun empêchement au mariage. La chose n'est pas toujours aussi facile; mais elle n'est pas impossible. Il n'est pas nécessaire que les naturalisations soient conférées à la vapeur, comme cela s'est vu. En Belgique, on fait une enquête administrative; pourquoi ne ferait-on pas une enquête internationale, par la voie de la diplomatie, sur les motifs qui engagent un étranger à abdiquer sa patrie d'origine? Je crois que, dans l'affaire Bauffremont, il n'eût pas été difficile de savoir l'intention de la princesse. Est-ce qu'à Saxe-Altenbourg on a pu croire un instant qu'elle se faisait naturaliser, rien que pour l'honneur d'être Altenbourgeoise? Et quand la pensée frauduleuse est évidente, l'honneur, la dignité, le devoir permettent-ils à un gouvernement de se faire le complice de la fraude?

CHAPITRE IV. — Partie spéciale.

DES CONTRATS.

125. Les auteurs qui ont écrit sur le droit international privé se bornent tous à établir les principes généraux qui régissent les obligations. Aucun d'eux ne traite des

contrats. Fiore est le seul qui ait un chapitre assez court sur la Vente. Au premier abord, cette lacune étonne. Les contrats, en droit français, comprennent presque le quart du code civil, et d'un autre côté, il n'y a point de matière plus usuelle. En réalité, ce n'est pas de lacune. Les conventions n'ont point, pour notre science, l'importance qu'elles ont en droit civil; il en est même ainsi des règles générales sur les obligations. Toute notre science roule sur la personnalité ou la réalité des lois, coutumes et statuts. Or, le conflit des lois ou des statuts implique qu'il s'agit de lois qui s'imposent aux parties intéressées; telles sont les lois qui règlent l'état des personnes, leur capacité ou leur incapacité, les lois relatives aux immeubles, dans la théorie traditionnelle; enfin celles qui intéressent les bonnes mœurs et les droits de la société. Il n'en est pas de même des lois qui concernent les obligations conventionnelles. Les conventions dépendent de l'autonomie des parties intéressées; le législateur ne leur commande rien et ne leur défend rien, il leur laisse pleine et entière liberté de régler leurs intérêts comme elles l'entendent; ce sont les contrats eux-mêmes qui tiennent lieu de loi aux contractants. Ces lois particulières exercent leur effet partout, la volonté de l'homme ne connaît point les bornes des Etats; elle embrasse, au besoin, le monde entier.

Maintenant on comprendra le rôle relativement peu important que les conventions jouent dans le droit civil international. L'autonomie qui y règne en maîtresse n'est pas une loi; c'est par exception que les statuts personnels et les statuts réels exercent une influence dans la matière des contrats, quand il s'agit de la capacité des contractants ou quand leurs conventions touchent aux droits de la société. Quant à l'autonomie, ce n'est qu'indirectement qu'elle donne lieu à l'application de la théorie des statuts. Les parties peuvent faire telles conventions qu'elles jugent à propos; elles peuvent aussi les soumettre à la loi du domicile de l'une d'elles ou à la loi du lieu où sont situés les biens qui font l'objet de la convention, ou encore à la loi du lieu où elles traitent; mais le plus sou-

vent, elles ne font pas ce choix; elles ne prévoient pas la nécessité de choisir la loi qui décidera leurs contestations, parce que d'ordinaire il ne s'élève pas de procès entre elles. Si elles n'ont exprimé leur volonté ni par paroles ni par des faits, il ne reste qu'un moyen de déterminer leur intention probable, c'est que le législateur établisse des présomptions fondées sur des probabilités. De là cette règle presque universellement admise que, dans le silence des parties, leurs conventions sont régies par la loi du lieu où le contrat est intervenu. Cette présomption même n'est pas une véritable loi, car le législateur ne fait que présumer ce que les parties auraient voulu, si leur attention s'était portée sur des difficultés auxquelles leurs contrats donnent lieu.

Tels sont les motifs pour lesquels les auteurs ne s'occupent pas des contrats : les principes généraux des obligations suffisent pour déterminer ce qui dépend de l'autonomie, et ce qui se rapporte à la capacité des contractants, ou à l'intérêt de la société que l'on appelle aussi l'ordre public. Si je m'y arrête un instant, c'est pour compléter ce qui a été dit dans le cours de ces Etudes. Quand je parle de compléter mes Etudes, je n'entends pas faire un traité complet où se trouveraient décidées toutes les questions de droit civil international. Il n'existe pas même un ouvrage complet sur le droit civil, en droit français; le mien comprend trente-trois volumes, et il est loin d'être complet. Pour le droit international privé, il est absolument impossible de faire un traité complet, car il faudrait prévoir les conflits entre toutes les lois de tous les pays. Ce serait un labeur aussi inutile que fastidieux. Le but de la science n'est point de donner une solution de toutes les difficultés qui peuvent se présenter dans la vie réelle, elle l'essayerait vainement; la science établit les principes qui servent à décider les contestations.

SECTION Ire. — La vente.

§ Ier. — *Objet de la vente.*

126. Le code civil (art. 1582) définit la vente en ces termes : « Une convention par laquelle l'un s'oblige à *livrer* une chose et l'autre à la payer. » C'est la définition romaine. Cette définition ne répond plus à l'objet que la vente a en droit français. Au lieu de dire que le vendeur s'oblige à livrer la chose, il faut dire qu'il est tenu d'en transférer la propriété. De là la conséquence formulée par l'article 1599 : la vente de la chose d'autrui est nulle ; et, par suite, l'acheteur en peut demander la nullité, dès qu'il prouve que la chose n'appartenait pas au vendeur, tandis que, d'après l'ancien droit, il n'avait aucune action, tant qu'il n'était pas troublé (1).

Faut-il conclure de là qu'en droit français il est de l'essence de la vente que le vendeur soit propriétaire de la chose dont il s'oblige de transférer la propriété à l'acheteur? Non, c'est une simple présomption fondée sur la volonté probable des parties contractantes, mais elles sont libres de manifester une volonté contraire, de sorte que la question reste dans le domaine de l'autonomie. Des Français peuvent convenir qu'ils entendent faire une vente romaine, c'est-à-dire qu'ils se soumettent au droit écrit, en ce qui concerne les effets de la vente. Par suite, des étrangers qui feraient une vente en France pourraient s'en rapporter à leur statut personnel, quant aux effets du contrat. Quand même le bien serait situé en France, on n'en pourrait pas induire que le statut est réel : les conventions, y compris l'effet qu'elles produisent sur les biens, n'ont jamais été considérées comme réelles, sauf à l'époque où toute coutume était réelle. Dumoulin introduisit un nouveau principe dans la jurisprudence en professant que les conventions, même tacites, affectaient les biens, quelle que fût leur situation. Cela n'était plus contesté dans le dernier état du droit français. Et dès que l'autonomie décide, il ne saurait être question de

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXIV, nos 1-3.

statut, pas plus réel que personnel. Le droit de la société n'est pas en cause, peu lui importe si le vendeur s'oblige à livrer, ou à transférer la propriété : cela ne regarde que les intérêts privés des parties contractantes. On ne peut pas objecter l'article 3 du code civil, aux termes duquel les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Cet article suppose une loi obligatoire pour tout détenteur d'immeubles; or, l'autonomie n'est pas une loi.

127. Autre est la question de savoir comment la propriété se transfère. En droit romain et dans l'ancien droit français, la propriété ne se transmettait pas par conventions; il fallait une tradition. Jusqu'à la tradition, le vendeur restait propriétaire, de sorte qu'il pouvait transporter la propriété de la chose à un second acheteur, à qui il en faisait la délivrance. Les auteurs du code dérogèrent à l'ancien droit en posant en principe que la propriété se transfère par le contrat, bien que la tradition de la chose n'ait pas encore été faite (art. 1138). L'article 1583 applique ce principe à la vente : « Elle est parfaite *entre les parties*, et la *propriété* est *acquise* de droit à l'*acheteur* à l'égard du *vendeur*, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé. » Le code ne dit pas, au titre de la *Vente* ni au titre des *Obligations*, comment la propriété se transmet à l'égard des tiers (art. 1140); dans la pensée des auteurs du code, la transmission ne devait se faire que par la transcription de l'acte de vente sur les registres du conservateur des hypothèques; la publicité disparut du projet, on ne sait comment, après avoir été adoptée par le conseil d'Etat. Il en résulta que le code civil aggrava le vice de la clandestinité romaine; il n'y avait plus ni tradition, ni transcription. C'était un système désastreux pour les tiers acquéreurs et pour les tiers créanciers. La loi hypothécaire belge rétablit la publicité en exigeant la transcription pour opérer la transmission de la propriété à l'égard des tiers pour tout acte translatif de droits réels immobiliers; et la loi française du 23 mars 1855 consacra le même principe.

128. Le code des Pays-Bas établit un autre principe. L'article 639 porte que « la propriété s'acquiert par *tradition* ou livraison accompagnée d'un titre de transmission de propriété émané de celui qui a le droit de disposer de la chose ». Le code Napoléon ne place pas la tradition parmi les modes d'acquisition de la propriété, et il dispose que les contrats translatifs de propriété, tels que la vente, transmettent la propriété, avant que la tradition ou délivrance de la chose ait été faite. Au premier abord la différence entre les deux législations paraît radicale ; en réalité, elles sont à peu près identiques en ce qui concerne les immeubles. En effet, l'article 671 dispose que la tradition des immeubles s'opère par la transcription sur les registres publics. En cas de vente, l'acheteur ne devient donc propriétaire que par la transcription ; il en est de même d'après la législation française, telle qu'elle a été modifiée en France et en Belgique (n° 127). Seulement le code des Pays-Bas dit en termes absolus que la propriété ne se transfère que par la tradition, sans distinguer les rapports du vendeur et de l'acheteur, et les rapports des parties contractantes à l'égard des tiers; tandis que, en droit français, les lois nouvelles ne dérogent pas au principe du code Napoléon en ce qui concerne la translation de la propriété entre les parties; l'article 1583 reste intact.

129. Quelle est la conséquence des deux principes en ce qui concerne la nature du statut? La transcription est un statut réel; sur ce point il n'y a aucun doute. Ainsi un Belge qui achète un immeuble situé dans les Pays-Bas n'en devient propriétaire que par la transcription, même à l'égard du vendeur; il ne peut pas invoquer son statut national, l'article 1583, la transcription étant un statut réel, domine toute loi étrangère. Par contre, un Néerlandais qui achète un immeuble situé en Belgique sera propriétaire à l'égard du vendeur par le fait seul de la vente, avant toute tradition, et aussi avant la transcription, celle-ci n'étant requise qu'à l'égard des tiers. Entre les parties, la propriété se transmet, d'après le droit français qui est le nôtre, par la volonté des parties contractantes;

en ce sens, le statut de l'article 1583 dépend de l'autonomie des parties intéressées. Elles pourraient convenir que l'acheteur ne deviendra propriétaire que par la transcription, même à l'égard du vendeur. Dans le silence des parties, il faut recourir aux présomptions : or, d'après la présomption généralement admise, les parties sont censées s'en rapporter à la loi du lieu où le contrat se fait. Donc, si le contrat se fait en Belgique, l'acheteur hollandais sera propriétaire à l'égard du vendeur, du moment que la vente sera parfaite, avant toute tradition et transcription, il ne deviendra propriétaire à l'égard des tiers que par la transcription conformément à la loi belge.

J'applique les principes tels que je les ai établis dans la partie générale des Obligations (t. VII, n°s 176 et 177). La question de savoir si la tradition forme un statut réel est controversée (1). En ce qui concerne la transcription des actes translatifs de droits réels immobiliers, il ne saurait y avoir de doute.

130. La même question se présente pour la vente des objets mobiliers. Il faut d'abord distinguer la vente des meubles corporels, et la cession des créances. En droit français (art. 1583), l'acheteur devient propriétaire des meubles à l'égard du vendeur et à l'égard des tiers par le seul fait de la vente, sans tradition aucune. D'après le code des Pays-Bas, il faut la tradition ; l'article 667 détermine la manière dont se fait la tradition ; il est ainsi conçu : « La tradition des effets mobiliers corporels s'opère ou par la délivrance des choses, ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent. La tradition n'est pas requise, si l'acheteur avait déjà les choses en son pouvoir à un autre titre. »

Quelle est la nature du statut de la tradition, en ce qui concerne la vente des meubles corporels? En droit français, la délivrance ou tradition ne joue aucun rôle dans la translation de la propriété : celle-ci se transmet par la volonté des parties contractantes. Or, tout ce qui dépend de la volonté est par cela même une dépendance

(1) Comparez Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 501, n° 602 ; Fiore, *Diritto civile internazionale*, p. 433, n° 537.

de l'autonomie, ce qui exclut la théorie des statuts : les parties intéressées disposent comme elles l'entendent, et dans leur silence, on suit la loi du lieu où la vente a été faite, non pas à titre de statut réel, mais parce que telle est la volonté probable des contractants.

Le code néerlandais exige la tradition, pour que l'acheteur devienne propriétaire. Quelle est la nature de ce statut? Les auteurs du code ont voulu revenir à l'ancien droit; or, dans nos provinces, il fallait que le vendeur se dessaisît de la chose, et ensaisinât l'acheteur, pour que celui-ci devînt propriétaire; cela se faisait par les œuvres de loi, quand il s'agissait d'immeubles. Dans les ventes mobilières, le fait matériel de la délivrance tenait lieu d'œuvres de loi, partant le statut de la tradition avait le même caractère que celui de la saisine judiciaire qui se faisait par les œuvres de loi; donc il était réel. Cela décide la question, en droit moderne, car le code néerlandais a reproduit, de même que le code Napoléon, la doctrine traditionnelle des statuts (art. 6, 7 et 8). De là suit que la vente des objets mobiliers situés dans les Pays-Bas ne transfère la propriété à l'acheteur que par la tradition, quand même le vendeur ou les deux parties contractantes seraient Belges ou Français; le statut réel l'emporte sur toute loi étrangère. Les parties ne pourraient pas invoquer leur autonomie, puisque le législateur hollandais ne tient pas compte de la volonté des parties; il déroge au code français qui donnait tout à l'autonomie, en matière de transmission de la propriété par conventions. Cela est décisif.

Par cela même que le statut de la tradition est réel, il ne dépasse pas les limites du territoire; la loi des Pays-Bas n'aurait aucun effet en France ni en Belgique. Si deux Néerlandais vendaient des objets mobiliers situés en Belgique, la vente serait régie par l'article 1583, c'est-à-dire que la propriété serait transférée par la volonté des parties. Quelle est cette volonté? D'après l'opinion généralement reçue, les parties sont censées adopter la loi du pays où elles contractent, donc la loi belge, dans l'espèce, si le contrat se fait en Belgique. Dans mon opinion, il

faudrait, avant de recourir à la *loi du lieu,* appliquer la présomption en vertu de laquelle les étrangers sont censés s'en rapporter à leur loi nationale, quand c'est la même loi ; donc, dans l'espèce, la loi néerlandaise.

131. La vente des créances est régie par d'autres principes. Entre les parties, la propriété se transfère d'après le droit commun, c'est-à-dire par la volonté des contractants, sans tradition aucune et sans formalités. Il n'en est pas de même à l'égard des tiers. Aux termes de l'article 1690, le cessionnaire n'est saisi, à l'égard des tiers, que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation du transport par le débiteur dans un acte authentique. Par tiers la loi entend le débiteur, un second ou subséquent cessionnaire, et les créanciers du cédant. Tant que les formalités prescrites par l'article 1690 n'ont pas été remplies, le cédant reste propriétaire de la créance, le débiteur doit payer entre ses mains, le créancier peut disposer de sa créance au profit d'un nouveau cessionnaire, et les créanciers du cédant conservent leur gage sur la créance cédée, malgré la cession.

Le code des Pays-Bas applique au transport des créances le principe de la tradition. Quant à la manière dont se fait la tradition, il distingue. La tradition des effets au porteur se fait par la remise du titre ; pour les autres effets, il faut un acte authentique ou sous seing privé, qui transporte les droits du cédant au cessionnaire. Cette tradition ne suffit point pour saisir le cessionnaire à l'égard du débiteur ; il doit lui signifier la cession, ou le débiteur doit l'accepter par écrit. La signification ni l'acceptation ne sont prescrites à l'égard des autres tiers.

132. Quelle est la nature de ces statuts ? J'ai déjà répondu à la question, en ce qui concerne le droit français (t. VII, n[os] 123-126). Entre les parties, la cession ne diffère en rien d'une vente ordinaire, elle dépend donc de l'autonomie, et dans le silence des parties, des présomptions que le législateur devrait établir, et que le juge établit à son défaut : la règle généralement admise suppose que les parties ont entendu se soumettre à la loi du lieu

où le contrat est intervenu. A l'égard des tiers, la formalité de la notification ou de l'acceptation tient lieu de la tradition ou de la publicité prescrites d'après les diverses lois pour la transmission de la propriété des immeubles à l'égard des tiers; c'est une espèce de publicité, donc elle forme un statut réel.

Il est assez difficile de déterminer la nature du statut qui régit la cession dans le droit néerlandais. La tradition que le code des Pays-Bas exige ne donne aucune publicité à la cession; elle peut se faire par acte sous seing privé, la loi n'exige pas même que l'acte soit enregistré. Cependant, comme l'écrit tient lieu de la tradition réelle, il faut appliquer le même principe à l'écrit, en matière de créances, qu'à la remise de la chose, en matière de meubles corporels; de sorte que le statut serait réel. Le code néerlandais ne maintient la signification et l'acceptation qu'en faveur du débiteur de la créance cédée. Si la délivrance qui se fait par un écrit constatant le transport forme un statut réel, à plus forte raison en est-il ainsi de la signification et de l'acceptation, puisque c'est une espèce de publicité.

J'arrive à la conclusion que le statut de la cession est réel dans l'une et l'autre législation. Les conséquences du principe sont celles qui résultent de la réalité en général : si des Belges cèdent une créance en Belgique à un Néerlandais, celui-ci devra signifier la cession au débiteur pour être saisi à l'égard des tiers, quand même le débiteur serait Néerlandais; il faut écarter le statut personnel, puisqu'il est dominé par le statut territorial. La *loi du lieu* où la cession a été faite ne peut pas non plus être invoquée; cette loi n'est qu'une présomption de ce que les parties veulent. Si un Néerlandais cède, dans les Pays-Bas, une créance à un Belge, cette cession devra être constatée par écrit pour que le cessionnaire devienne propriétaire, mais cela suffit pour qu'il le soit à l'égard de tous, sauf qu'il doit signifier son titre au débiteur.

133. Je dois constater un dissentiment regrettable dans la matière que je viens de traiter. Un excellent publiciste, Fiore, enseigne, sur le statut de la cession des

créances, des principes en tout contraires à ceux que j'ai établis (1). Je me garderai bien de dire qu'il se trompe; mais je dois dire les motifs pour lesquels je me suis écarté de son opinion. Le légiste italien commence par dire que la cession, en ce qui concerne les rapports entre le cédant et le cessionnaire, est régie par la loi du créancier. Pourquoi la loi du créancier l'emporterait-elle sur celle du débiteur ou celle du cessionnaire? La cession est une vente; or, toute convention dépend de l'autonomie, et, dans le silence des parties, de la loi à laquelle elles sont censées s'être soumises. Ce n'est pas même une loi proprement dite, puisque le législateur ne l'impose pas aux contractants, il présume seulement ce qu'ils ont voulu. Donc il ne peut être question d'une *loi* qui régit les rapports du cédant et du cessionnaire.

Quant aux rapports du cessionnaire avec les tiers, Fiore applique la loi du débiteur. Je ne comprends pas pourquoi la transmission de la propriété de la créance à l'égard des tiers serait régie par la loi du débiteur. Ce n'est pas lui qui est en cause dans ce débat, ce sont le cédant, le cessionnaire et les tiers. A quelles conditions le cessionnaire sera-t-il propriétaire à l'égard des tiers? Suffit-il qu'il soit saisi à l'égard du cédant? C'est le système anglais. Faut-il distinguer entre le débiteur et les autres tiers? C'est le système hollandais. Ou le cessionnaire n'est-il saisi, à l'égard de tous tiers, qu'en remplissant certaines formalités qui ont pour objet de rendre la cession publique? C'est le système français. Dès que les tiers sont intéressés, le statut devient réel, et, par suite, il ne peut plus être question de la loi du débiteur.

Fiore dira qu'il répudie la distinction traditionnelle des statuts. Soit, mais je ne vois pas ce que l'on y gagne, car les problèmes et les difficultés subsistent. J'ai aussi critiqué la doctrine qui répute réel tout statut concernant les immeubles. Cette difficulté est étrangère à notre débat, puisqu'il porte sur la loi qui régit les créances, et les créances sont des droits mobiliers. Quant aux meubles,

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 438, nos 341 et 342.

on suit généralement la loi personnelle du propriétaire auquel ils appartiennent; cette règle aboutirait, en matière de cession, à la loi du créancier. Mais est-ce bien le cas d'appliquer la maxime que, les meubles n'ayant pas de situation, on doit supposer qu'ils sont attachés à la personne et qu'ils suivent, par conséquent, la loi de la personne? La fiction implique qu'il s'agit de meubles corporels. Puis la fiction n'est plus applicable quand la loi qui régit les meubles est d'intérêt général; or, telle est certes la loi qui détermine à quelle condition le cessionnaire est saisi à l'égard des tiers, car l'intérêt des tiers est un intérêt social, et la société a le pouvoir de régler souverainement tout ce qui intéresse ses droits. Sur ce point, il n'y a aucun doute, que l'on admette ou non la théorie des statuts; or, le droit de la société suffit pour décider la question que je discute. Elle doit se préoccuper de la translation de la propriété à l'égard des tiers. Les législateurs modernes l'ont fait en exigeant la transcription des actes translatifs des droits réels immobiliers; notre loi hypothécaire a étendu la publicité à la cession des créances hypothécaires ou privilégiées; peut-être faudra-t-il aller plus loin et prescrire un mode de publicité pour la cession de toute espèce de créances. Pour des titres au porteur, il n'y a pas de difficulté; le nom même qu'on leur donne atteste que le porteur de l'écrit est considéré partout comme propriétaire de la créance. Restent les meubles corporels; la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre, suffit pour garantir les intérêts des acheteurs qui sont mis en possession réelle; ils peuvent se mettre à l'abri de toute revendication en se faisant délivrer la chose vendue lors de la vente. On voit que tous les intérêts et tous les droits peuvent être garantis sans la tradition romaine.

§ II. *Des conditions requises pour la validité de la vente.*

N° 1. QUI PEUT ACHETER OU VENDRE.

134. L'article 1594 du code Napoléon porte : « Tou

ceux auxquels la loi ne l'interdit pas peuvent acheter ou vendre. » Cette disposition applique à la vente le principe établi par l'article 1123 en ces termes : « Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. » Le droit de contracter a toujours été considéré comme un de ces droits dont l'homme jouit en vertu de sa nature, et que, pour cette raison, on nomme naturels.

Les articles 1123 et 1594 supposent qu'il y a des personnes que la loi déclare incapables de contracter. Le code distingue deux espèces d'incapacités, l'incapacité générale qui frappe les mineurs, les interdits et les femmes mariées, et les incapacités spéciales que la loi établit pour certains contrats. Il n'y a aucune différence entre ces deux espèces d'incapacités, sauf leur étendue. Du reste, les unes et les autres sont une dépendance du statut personnel défini par l'article 3 du code civil : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger. » J'ai dit, dans la première partie de cette Etude, que les incapacités spéciales forment un statut personnel aussi bien que les incapacités générales (t. VII, n°s 471-478).

Le code établit des incapacités spéciales, au titre de la *Vente*, dans les articles 1595-1597. Ces dispositions constituent par conséquent un statut personnel, qui suit les Français en pays étranger, quand même, dans le pays où ils résident, ces incapacités n'existeraient pas, ou n'auraient pas la même étendue. Par identité de raison, les incapacités d'acheter ou de vendre établies par une loi étrangère suivent les nationaux en France, alors même qu'elles seraient plus étendues que celles qui se trouvent dans le code Napoléon. Par contre, si celles-ci n'étaient pas établies par la loi nationale de l'étranger, il n'y serait pas soumis; il pourrait, par conséquent, faire en France une vente que les Français seraient incapables de consentir. Il y aurait exception à cette règle si la loi territoriale était d'intérêt social; ces lois dominent toute loi personnelle qui leur serait contraire.

135. Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux (art. 1595). Quelle est la raison de cette incapa-

cité? « On a craint, dit Portalis, l'abus que le mari pourrait faire de son autorité et celui qui aurait sa source dans l'influence que la femme peut se ménager par les douces affections qu'elle inspire (1). » Ainsi la prohibition a sa source dans l'état de mariage, ce qui permet d'appliquer l'article 3 du code civil, d'après lequel le statut est personnel quand il concerne l'état et l'incapacité qui en résulte.

On peut objecter la disposition de l'article 3 d'après laquelle les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. J'ai répondu bien des fois à l'objection; M. Bertauld la réfute en ce qui concerne la vente d'un immeuble qu'un époux étranger posséderait en France et vendrait à son conjoint. Cette vente serait-elle nulle aux termes de l'article 1595? C'est demander si le statut de cet article est réel ou personnel. M. Bertauld dit très bien que le statut, bien qu'il soit relatif à un immeuble, est personnel, quand la loi a égard à l'état des propriétaires (2). La prohibition de vendre et d'acheter entre époux étant fondée sur l'état de mariage, elle prend un caractère personnel, et, par suite, il faut appliquer la loi personnelle des époux. Cela est fondé en raison.

L'influence dont le législateur français craint l'abus tient à l'état de mariage; elle existe par conséquent partout, indépendamment de la loi qui régit l'immeuble : dire que le mari ne peut vendre et acheter un immeuble situé en France, parce que la femme n'est pas libre, tandis qu'il pourrait vendre ou acheter un immeuble situé en Italie, ce serait dire que le mari n'abuse de son influence qu'à raison de la situation de la chose et que la femme qui n'est pas censée libre en France sera censée libre en Italie : ce qui serait absurde. Le code italien n'a pas reproduit la prohibition du code français (3). Il en résulte que les époux italiens pourront vendre et acheter en France.

(1) Portalis, Exposé des motifs du titre de la *Vente*, n° 15 (Locré, t. VII, p. 72).
(2) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 50, nos 63 et 64.
(3) Huc, *Le Code civil italien et le code Napoléon*, t. Ier, p. 266, suiv.

quoique la loi de la situation le défende. La seule objection que l'on puisse faire contre l'application du statut personnel des époux étrangers, c'est que leur loi nationale est en conflit avec une loi territoriale qui est d'ordre public, et que, dans ce cas, la loi territoriale l'emporte. Dans l'espèce, l'objection ne serait pas fondée. Ce serait exagérer l'importance de la prohibition établie par l'article 1595, que d'y voir une disposition d'intérêt général, elle est d'intérêt privé, et, dans cet ordre de choses, le statut national de l'étranger doit être partout respecté.

Le code Napoléon admet des exceptions à la prohibition dans les trois cas prévus par l'article 1595; c'est un retour au droit commun de la capacité; et la capacité générale forme certainement un statut personnel. Donc les époux français pourront vendre et acheter l'immeuble que l'un d'eux possède en pays étranger, s'ils se trouvent dans un des cas prévus par l'article 1595.

136. L'article 1596 établit une seconde incapacité d'acheter : « Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées : les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle; les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre; les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins; les officiers publics, des biens dont les ventes se font par leur ministère. »

L'article 450 contient la même prohibition pour le tuteur : il ne peut acheter les biens du mineur, ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille.

Quelle est la nature de cette prohibition? Forme-t-elle un statut personnel ou un statut réel? Il y a un dissentiment sur ce point entre Fœlix et son commentateur, on pourrait dire son critique, M. Demangeat. Fœlix enseigne que la prohibition d'acheter un immeuble ou de l'aliéner est réelle, par application de la règle de l'article 3, qui considère comme réelles les lois concernant les immeubles. C'est oublier qu'il y a une autre règle qui répute personnelles les lois qui règlent l'état, la capacité ou l'in-

capacité des personnes. M. Demangeat dit qu'il lui paraît évident que les articles 450 et 1595 forment un statut personnel (1). Quel est le motif de la prohibition établie par le code Napoléon? La loi veut maintenir intact le sentiment du devoir, en mettant la conscience à l'abri de l'influence funeste que la cupidité pourrait exercer et exerce trop souvent sur les hommes, quand ils sont placés entre leur devoir et leur intérêt (2). Qu'y a-t-il de commun entre la loi du devoir et la situation des biens?

Le code italien (art. 1457) a étendu la prohibition aux père et mère qui ont l'administration légale des biens de leurs enfants. Il est certain qu'il y a analogie entre le père et le tuteur. Toujours est-il que l'incapacité n'existe pas d'après le code civil, et comme les incapacités de contracter sont de la plus stricte interprétation, il a été jugé que la vente entre père et mère et leurs enfants est valable par cela seul que le code ne l'interdit point (3). De là suit que des parents français pourraient acheter des biens appartenant à leurs enfants, quand même ils seraient situés en Italie; capables en France d'après leur loi nationale, ils le sont partout; on ne peut objecter que la prohibition de l'article 1596 (C. ital., 1457) est d'ordre public, et que, partant, le statut territorial domine le statut personnel; il est vrai que toutes les lois qui concernent la tutelle et l'intérêt des mineurs sont d'ordre public, mais tout ce qui est d'ordre public n'est pas nécessairement une dépendance du statut territorial; il faut, pour que le statut soit réel en ce sens, que le droit de la société soit intéressé dans le débat; or, l'incapacité dont la loi frappe le tuteur et le père a seulement pour objet de sauvegarder des intérêts privés. Cela me paraît décisif. Par contre, les père et mère italiens, incapables d'acheter, en vertu de leur loi nationale, seraient frappés de la même incapacité en France, quoique, d'après la loi territoriale, ils fussent capables.

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 284, et note de Demangeat (4e édition).
(2) Faure, *Rapport au Tribunat*, n° 14 (Locré, t. VII, p. 91).
(3) Colmar, 15 novembre 1808 (Sirey, Nouveau Recueil, t. II, 2, 440).

137. L'article 1597 établit une troisième incapacité d'acheter : « Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires ne peuvent pas devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions à peine de nullité. »

Quel est le motif de cette incapacité? « Les juges, dit Portalis, sont établis pour terminer les contestations des parties et non pour en trafiquer (1). » Cela suffit pour caractériser le statut; il est personnel en tant qu'il établit une incapacité. Les juges français ne pourraient pas acheter en pays étranger des créances litigieuses qui seraient de la compétence du tribunal auquel ils sont attachés; le lieu du contrat n'a aucune influence en cette matière; la loi ne considère qu'une chose, c'est l'intérêt de la justice; et cet intérêt est compromis dès que le magistrat trafique de procès qu'il doit décider avec la plus entière impartialité. De même, un avocat étranger admis à pratiquer en France serait soumis à la prohibition de l'article 1597, quand même, d'après sa loi nationale, il serait capable d'acheter des créances litigieuses. La qualité d'étranger est absolument indifférente : c'est la position du cessionnaire qui entraîne l'incapacité dont il est frappé, dès qu'il achète une créance litigieuse qui serait de la compétence du tribunal auprès duquel il exerce son ministère.

138. Les mineurs sont incapables de contracter et, partant, de vendre ou d'acheter. S'ils contractent, ils ont une action en nullité ou en rescision : une action en nullité, quand ils vendent un bien sans l'observation des conditions requises par la loi; une action en rescision pour cause de lésion, quand ils achètent. Les deux actions ont le même but, c'est d'annuler ou de rescinder le contrat; elles ont aussi, en général, le même effet, c'est d'anéantir le contrat; elles doivent être intentées dans le même délai, dix ans d'après le droit français et cinq ans

(1) Portalis, Exposé des motifs du titre de la *Vente*, nos 16 et 17 (Locré, t. VII, p. 72).

d'après le code italien. Que le mineur agisse en nullité ou en rescision, l'action a toujours son principe dans son incapacité. En effet, s'il a l'action en nullité, à cause de l'inobservation des formes, c'est parce que ces formes sont prescrites pour le garantir contre l'incapacité résultant de son âge; s'il a l'action en rescision pour cause de lésion, c'est encore à raison de son incapacité, car les mineurs seuls sont restitués, quand ils ont été lésés. C'est donc le cas d'appliquer le principe établi par l'article 3, c'est que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger; les mineurs ne peuvent vendre leurs biens situés à l'étranger qu'avec l'intervention du tuteur, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Je renvoie à ce que j'ai dit ici même des incapacités (t. VII, n°s 69-74). De même, ils pourraient attaquer pour cause de lésion les achats d'immeubles qu'ils auraient faits à l'étranger, et invoquer le bénéfice de l'article 1312, qui ne les soumet au remboursement de ce qu'ils ont reçu par suite d'un contrat annulé, que s'il est prouvé que le payement leur a profité.

N° 2. DES CHOSES QUI PEUVENT ÊTRE VENDUES.

139. L'article 1598 porte : « Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation. » C'est l'application du principe général établi par l'article 1128 : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions. » Les fonctions publiques sont hors du commerce; partant, toutes conventions contenant vente ou renonciation relatives à des fonctions publiques sont nulles. En France on admet cependant certains fonctionnaires, tels que les notaires, à présenter leurs successeurs, et, par suite, les conventions relatives à cette présentation sont légitimes.

On demande quelle loi détermine si une chose est ou non dans le commerce. L'exemple que je viens de donner prouve que c'est par des considérations d'intérêt général

que le législateur décide si les choses sont dans le commerce. Le terme même dont on se sert pour marquer que les choses peuvent être vendues et achetées, le *commerce*, témoigne qu'il y a un intérêt et un droit de la société engagés dans le débat. Tout est donc d'ordre public en cette matière; partant, le statut est réel. C'est la loi territoriale française qui détermine quelles fonctions sont dans le commerce; il est d'évidence que les étrangers ne pourraient pas invoquer leur loi nationale, en supposant même qu'ils fussent admissibles aux fonctions qu'ils voudraient acheter. C'est au législateur de chaque pays de régler ce qui est d'intérêt social.

140. Les droits sont dans le commerce, alors même qu'ils seraient litigieux. Ils peuvent donc faire l'objet d'une vente. Mais le code civil donne au débiteur de la créance litigieuse le pouvoir d'anéantir la cession en exerçant le retrait, c'est-à-dire en se substituant au cessionnaire moyennant le remboursement du prix réel de la cession (art. 1699). Quelle est la nature du retrait litigieux? Forme-t-il un statut réel ou un statut personnel? Concerne-t-il l'intérêt public ou est-il d'intérêt privé?

Il est certain qu'il ne dépend pas de l'autonomie. Si le débiteur peut exercer le retrait, c'est parce que la loi lui en donne le droit. Il reste à savoir si le statut est réel ou personnel. On ne peut pas dire que l'état des personnes soit engagé dans le débat; le cédant et le cessionnaire étaient capables, ils ont fait un contrat qu'ils avaient le droit de faire. Le droit de retrait n'a pas de rapport non plus avec l'état et la capacité du débiteur, donc il ne dépend pas du statut personnel. Il suit de là que si le débiteur est Français, il ne pourra pas exercer le retrait contre le cessionnaire étranger dans un pays dont la loi n'admettrait pas le retrait. Tel est le code des Pays-Bas; le juge néerlandais ne pourrait pas admettre l'exercice d'un droit contraire aux vrais principes en faveur d'un étranger qui ne peut invoquer son contrat ni son statut personnel.

J'aboutis à la conclusion que le retrait dépend du statut réel, et que le juge l'admettra ou le rejettera d'après la loi du *for*. Les motifs pour lesquels le code Napoléon a admis

le retrait justifient cette conclusion. Le retrait exproprie le cessionnaire. Pourquoi la loi permet-elle d'enlever à celui-ci un droit qu'il tient de son contrat et qui est sa propriété? Portalis, dans l'exposé des motifs du titre de la *Vente*, rappelle que le retrait a été établi par les empereurs, et que la jurisprudence française avait adopté, sur ce point, le droit consacré : « Nous avons cru, dit-il, devoir conserver une faculté que la *raison* et l'*humanité* justifient. L'*humanité* plaide pour le débiteur contre ces hommes *avides du bien d'autrui* qui *achètent* des *procès* pour *vexer* le tiers ou pour s'*enrichir* à ses dépens. » On peut répondre que les hommes agissent par intérêt beaucoup plus que par passion, et que si le créancier vend à bas prix un droit litigieux, c'est qu'il y a une chance de perte que le cessionnaire consent à courir. Le seul motif que l'on puisse donner pour justifier le retrait, c'est qu'il met fin à un procès. C'est certes un grand bien, mais on ne doit pas acheter la paix en violant un droit; or, la loi viole le droit du cessionnaire.

Toujours est-il que les raisons que Portalis donne sont d'intérêt général, donc le retrait est une dépendance de l'ordre public, en prenant ce mot dans sa plus large acception; partant le statut est réel. De là suit que le retrait peut être exercé en France contre un cessionnaire étranger; vainement celui-ci invoquerait sa loi nationale, le code des Pays-Bas, par exemple, qui n'admet pas le retrait; toute loi étrangère cède devant le statut territorial quand celui-ci est d'intérêt social. L'étranger pourrait aussi exercer le retrait en France, quand même sa loi personnelle ne l'admettrait pas; le bien public l'emporte sur la loi étrangère. De même si le procès se débattait devant un tribunal des Pays-Bas, le juge ne pourrait pas admettre le retrait, quand même toutes les parties seraient françaises, car l'abolition de ce droit est aussi d'intérêt social; le premier devoir de la société est de maintenir le droit, et notamment le droit de propriété, qui est la base de notre ordre civil.

N° 3. DU PRIX.

I. *Dans quelle monnaie doit se faire le payement.*

141. Les anciens auteurs discutent une question qui jadis avait un grand intérêt et dont l'importance va heureusement en diminuant. Le prix consiste en argent, et les monnaies variaient d'un pays à l'autre; grâce aux conventions postales, cette source de difficultés et de procès tarira. Toutefois, quoique plus rare, le conflit subsiste. Le lieu du contrat, on le suppose, n'est pas celui du payement. Il se peut que la monnaie que le vendeur a en vue ne soit pas celle dans laquelle l'acheteur entendait payer. Enfin, les conventions se font souvent par correspondance, ce qui soulève de nouvelles difficultés que nous avons déjà rencontrées. On voit que les causes de conflit ne manquent point, et les avis étaient et sont encore très partagés.

J'ai rapporté, au tome VII de ces Etudes, une espèce qui s'est présentée dans les Flandres. Boullenois cite un arrêt du parlement de Paris du 22 janvier 1727, qui jugea dans le même sens, par le motif qu'il est de principe que la chose vendue doit être payée en monnaie reçue au *domicile du vendeur* (1).

Une dette est contractée en Allemagne et payable en Hollande; les florins ayant dans les deux pays une valeur différente, on demande quelle sera la valeur des florins stipulés. Everard, en ses conseils (n° 68), répond qu'il faut payer en florins de Hollande, parce que, en indiquant un lieu pour le payement, les parties sont présumées s'en être référées à la valeur monétaire de ce pays. Bourgoingne partage cet avis (2).

Toullier est d'une autre opinion dans la même hypothèse. Un Allemand vend une terre à un Hollandais pour 2,000 florins, sans dire si ce sont des florins d'Allemagne ou des florins de Hollande; on doit suivre, dit-il (t. VI, n° 319), la valeur des florins dans le lieu où le contrat

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. II, p. 499.
(2) Burgundus, *Tractatus ad consuetudines Flandriæ*, IV, 29.

est passé ; à l'appui de sa décision, il cite Doneau, le meilleur de nos anciens jurisconsultes. Pardessus emprunte cet exemple à Toullier et adopte la même solution (n° 1492). Massé remarque que ni l'un ni l'autre ne disent si le contrat a été passé en Hollande ou en Allemagne, et ils ne s'expliquent pas non plus sur le point de savoir dans quel lieu devait se faire le payement.

142. Il y a une première remarque à faire sur cette variété d'avis. Les auteurs parlent tous de la *loi* qui doit décider dans quelle monnaie le payement se fera. Ils n'entendent pas dire que la difficulté dépend du statut réel ou du statut personnel, de la loi du créancier ou de celle du vendeur, car ce n'est pas une question de statut ; en matière d'obligations conventionnelles, il ne faut jamais perdre de vue que l'autonomie est la règle presque universelle ; et, certes, elle ne reçoit pas exception quand il s'agit de savoir en quelle monnaie l'acheteur payera ; les parties peuvent stipuler à cet égard tout ce qu'elles veulent, elles ne sont liées par aucune loi. C'est seulement quand les parties intéressées n'ont pas déclaré leur intention que le législateur et, à son défaut, les juges sont obligés d'établir des présomptions fondées sur des probabilités.

J'ai dit, dans le cours de cette Etude, quelles sont les présomptions que j'ai proposé d'inscrire dans le nouveau code des Belges ; je vais essayer de les appliquer à la question de la monnaie dans laquelle le débiteur est tenu de payer.

143. Le vendeur et l'acheteur ont la même nationalité ; ils traitent dans un pays étranger sans dire dans quelle monnaie le payement devra se faire. Un auteur ancien, Scolanus, cité par M. Massé (1), prévoit cette hypothèse, et il décide que le payement se fera conformément aux lois et usages de leur patrie, et non d'après la loi du pays où par hasard ils traitent. Il faut laisser de côté les lois et les coutumes, puisque ce n'est pas une question de droit, mais d'intention ; et l'intention, dans

(1) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 506, nos 607 et 608.

l'espèce, n'est guère douteuse; les contractants auront en vue la monnaie dont ils se servent plutôt que celle du pays qu'ils ne connaissent peut-être pas. La présomption cependant n'est pas absolue; si deux Anglais, par exemple, sont établis dans un pays étranger et dans une place de commerce, les probabilités pourraient être tout autres.

Si les deux étrangers appartiennent à des nations différentes, les lois, les usages et les monnaies différant, il n'y a plus de présomption à fonder sur la nationalité. Il faut alors s'en tenir à la monnaie du lieu où le contrat intervient. On peut supposer que les contractants ont en vue la monnaie dont ils se servent journellement; si le vendeur ou l'acheteur avaient intérêt à ce que le payement se fît en une autre monnaie, ils s'en seraient expliqués. Il en serait même ainsi si le payement devait se faire ailleurs, car cette circonstance aurait éveillé leur attention, si leur intérêt exigeait que le débiteur payât en la monnaie usitée au lieu où le prix sera presté; dès lors, ils en auraient fait l'objet d'une clause spéciale; gardant le silence, on doit croire qu'ils n'ont rien à stipuler, c'est-à-dire qu'ils entendent rester dans le droit commun du pays où ils traitent. C'est l'avis de M. Massé.

Quand les parties traitent par correspondance, il faut s'attacher moins au lieu où le contrat se parfait qu'à l'intention de celui qui fait l'offre. La question de savoir où le contrat se parfait est très controversée, c'est une difficulté de droit; tandis que le point de savoir dans quelle monnaie doit se faire le payement est une difficulté de fait, tenant uniquement à l'intention. Or, quand celui qui fait l'offre de vendre indique le prix qu'il demande en monnaie du lieu où il se trouve, il est probable que c'est en cette monnaie, ou du moins d'après cette valeur qu'il entend être payé. Et s'il n'indique pas la monnaie, c'est toujours le prix calculé d'après cette monnaie qu'il a en vue, puisque c'est la monnaie dont il se sert habituellement. Reste à savoir si telle est aussi l'intention de l'acheteur. L'offre lui venant d'un pays étranger, sa première pensée doit être de calculer le prix qu'on lui demande, et, pour calculer ce prix, il doit naturellement

consulter l'offre de son correspondant. Il ne peut pas croire que celui-ci ait fait une offre dans une monnaie dont il n'a pas l'habitude de se servir; c'est donc la monnaie du lieu de l'offre qu'il doit considérer; si le prix ainsi calculé ne lui convient pas, il doit en faire la remarque; l'attention des parties étant éveillée, elles feront une convention à cet égard. Si l'acheteur accepte l'offre sans aucune observation, on doit supposer qu'il est d'accord avec le vendeur et qu'il consent à payer le prix d'après la valeur de la monnaie qui a cours au lieu d'où l'offre est partie. C'est la solution proposée par M. Massé (1).

II. *De la rescision de la vente pour cause de lésion.*

144. L'article 1674 du code Napoléon porte : « Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente. » Quelle est la nature de la loi qui permet la rescision pour cause de lésion? Forme-t-elle un statut réel ou un statut personnel? ou dépend-elle du lieu où le contrat se fait? Pour répondre à la question, il faut examiner les motifs pour lesquels le législateur français a admis la rescision pour cause de lésion.

La question a été discutée longuement au conseil d'Etat; elle divisait les meilleurs esprits. Berlier combattit vivement le principe de la rescision; Portalis en prit la défense, ainsi que Tronchet. Portalis n'est pas un jurisconsulte, c'est un lettré ou un philosophe, comme on disait au dix-huitième siècle. Je laisse de côté les considérations qu'il présenta et qui prouvaient trop, ce qui revient à ne rien prouver (2). Nous allons entendre Tronchet. La rescision pour cause de lésion, dit-il, n'est que l'application au contrat de vente des principes généraux qui régissent les conventions. Il n'y a point de contrat sans consentement; or, il n'y a pas de consentement dans la vente lorsque le vendeur est lésé de plus des sept douzièmes. S'il consent, c'est par une *espèce de violence.*

(1) Massé, *Droit commercial,* t. Ier, p. 504, no 605.
(2) J'ai analysé et apprécié la discussion du conseil d'Etat dans mes *Principes de droit civil,* t. XXIV, no 420.

L'*espèce de violence* dont parle Tronchet implique que le vendeur a été obligé de vendre, parce qu'il avait un besoin pressant d'argent. Mais cela n'explique pas encore pourquoi il a consenti à vendre avec une lésion énorme de cinq douzièmes. Pourquoi n'a-t-il pas mis son immeuble en vente publique? Pourquoi n'a-t-il pas emprunté sur hypothèque? Il n'y a pas de réponse directe à ces questions dans les débats du conseil d'Etat. Seulement, comme le code civil n'admet pas la rescision des ventes mobilières, on doit supposer qu'il est plus difficile de vendre les immeubles que les meubles. Effectivement, les meubles ont un prix courant, et si l'on ne trouve pas à les vendre dans tel lieu, on peut les faire transporter ailleurs. Les immeubles doivent se vendre sur les lieux, et il se peut qu'à raison de leur situation ou de leur nature, il n'y ait pas d'acquéreur, sauf celui qui consent à les acheter avec un bénéfice énorme de sept douzièmes. Forcé de vendre, le propriétaire doit passer par les conditions onéreuses que l'acheteur lui impose. Voilà l'*espèce de violence* dont parle Tronchet : le vendeur n'est pas libre de refuser ces conditions onéreuses, en ce sens son consentement est vicié.

145. Quelle est la nature de la loi qui permet de rescinder la vente pour cause de lésion? Fœlix, fidèle à son système de réalisme, dit que c'est la loi de la situation qui décide si la vente peut être rescindée (1). N'est-ce pas appliquer trop mécaniquement l'article 3 du code Napoléon? Je viens de dire les motifs officiels qui ont fait admettre la rescision. On suppose que le consentement du vendeur est vicié. Qu'est-ce que le vice de consentement a de commun avec la situation de l'immeuble? Le code néerlandais n'admet pas la rescision pour cause de lésion; le code français l'admet. Je possède deux immeubles, l'un en France, l'autre dans les Pays-Bas; obligé de vendre, je vends à perte, avec lésion de plus de sept douzièmes : dira-t-on que mon consentement a été vicié en France et qu'il ne l'a pas été dans les Pays-Bas? J'aurais été, au

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 217. Tel est aussi l'avis de Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 552, n° 651.

même instant, libre et violenté. Voilà les absurdités du réalisme que je constate à chaque pas, et il faut bien que je le fasse, puisque cette doctrine, qui date de la féodalité, règne encore au dix-neuvième siècle. L'article 3, sur lequel se fonde la réalité du statut de lésion, n'est pas aussi décisif qu'on le dit; ce même article répute personnelles les lois qui régissent l'incapacité; or, il y a un lien intime entre l'incapacité et les vices de consentement. Les mineurs et les interdits sont incapables de contracter, parce qu'ils sont incapables de consentir. Et les vices du consentement altèrent aussi la capacité de consentir; le majeur qui consent, sous l'empire de la violence, de l'erreur ou du dol, n'est pas plus capable de consentement que le mineur. Cette analogie suffit pour en induire que la violence dépend du statut personnel, de même que l'erreur et le dol, et, partant, la lésion en matière de vente, puisqu'elle implique une *espèce de violence*, comme dit Tronchet (n° 146). Dans la théorie des statuts, on aboutit forcément à cette solution. Toutes les lois sont ou personnelles ou réelles; si la loi qui permet la rescision pour cause de lésion n'est pas réelle, il faut conclure qu'elle est personnelle. C'est l'avis de M. Demangeat, qui déserte l'opinion de l'auteur qu'il commente, en ce point comme dans tous les cas où la personnalité des statuts est en cause.

146. Telle paraît être cependant l'opinion commune. Il y a une autre solution. Rocco, Fiore et Brocher se prononcent pour la *loi du contrat*. Rocco dit que l'action rescisoire qui naît de la lésion est une conséquence de la vente, celle-ci étant viciée par le vice qui altère le consentement du vendeur (1). C'est l'application de la théorie des effets immédiats du contrat; cette doctrine implique qu'il s'agit de la volonté des parties contractantes, qui gouverne le contrat et ses effets. Or, la lésion n'est pas un effet de la volonté du vendeur, car il n'a voulu que parce que sa volonté était contrainte, donc la volonté ne joue aucun rôle en cette matière, ce qui exclut la loi du contrat.

(1) Rocco, *Delle leggi delle due Sicilie*, p. 351.

Fiore se prononce pour la loi du lieu où le contrat a été passé, par la raison que les parties se sont soumises tacitement à cette loi (1). Peut-il être question, en cette matière, d'une soumission des parties à une loi quelconque? La supposition est en contradiction avec le motif sur lequel est fondé le droit d'agir en rescision pour cause de lésion. Tronchet dit que le vendeur subit une espèce de violence; il consent à vendre l'immeuble pour les cinq douzièmes de sa valeur, parce qu'il est forcé de subir les conditions que l'acheteur lui impose; certes, on ne dira pas qu'il se soumet à la loi si celle-ci ne lui accorde pas une action en rescision; et si elle lui donne le droit d'agir, ce n'est point parce que telle est la volonté des parties; le vendeur, sans doute, peut contracter avec l'arrière-pensée de rompre le contrat lésionnaire qu'il est contraint de subir; par contre, l'acheteur, qui en profite, traite dans l'espoir que le contrat sera maintenu. Dès lors, il ne peut s'agir d'une soumission des parties, car la soumission exige un concours de volontés, et, dans l'espèce, ce concours est impossible, puisque l'un veut le contraire de ce que veut l'autre. Pour mieux dire, l'acheteur seul donne un vrai consentement; le vendeur n'a pas la liberté nécessaire pour consentir; en ce sens il est incapable, il prétend du moins qu'il l'est. C'est la loi personnelle du vendeur qui doit décider si, à raison de la situation où il se trouve, le vendeur jouissait ou non d'une liberté suffisante pour contracter.

M. Brocher rejette, comme moi, le statut réel. Quant au statut personnel, il lui paraît difficile de l'appliquer dans l'espèce, parce qu'il ne s'agit pas d'un *état* qui affecte la *personne* dans ses *facultés constitutives*, mais d'un *état passager* résultant de *circonstances externes*. Cela est vrai; mais n'en est-il pas de même de la plupart des incapacités spéciales? Si le tuteur est déclaré incapable d'acheter l'immeuble appartenant à son pupille, c'est aussi à raison d'un *état passager*, c'est-à-dire parce que son devoir est en conflit avec son intérêt; ses *facultés consti-*

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 386, n[os] 291 et 292.

tutives ne sont point affectées par là, et, néanmoins, le statut qui régit cette incapacité est personnel. Si l'on rejette le statut personnel et le statut réel, que reste-t-il? La loi du lieu dans lequel intervient la vente, répond M. Brocher; d'après lui, les articles 1109 et suivants du code civil, qui traitent du consentement et des vices qui l'entachent, sont une dépendance de la *loi du lieu* (1). Cette loi est une présomption que le législateur établit en se fondant sur la volonté des contractants, ce qui nous ramène à la soumission des parties que Fiore allègue comme fondement de la loi du lieu, en ce qui concerne la rescision pour cause de lésion. Je viens de dire les motifs pour lesquels je ne peux pas me rallier à cette opinion.

147. La doctrine des réalistes paraît la plus simple, on l'applique en quelque sorte mécaniquement. Dès qu'une loi a pour objet un immeuble, on la déclare réelle. Mais on essaye vainement de rendre notre science mécanique; ceux-là mêmes qui étendent outre mesure le statut réel ne restent pas fidèles à leur principe. C'est ce qui est arrivé à Fœlix. D'après le code civil (art. 1683), la rescision pour lésion n'a pas lieu en faveur de l'acheteur; la raison en est qu'on ne se trouve jamais dans la nécessité d'acheter avec perte de plus de moitié. Fœlix suppose que la loi du contrat accorde aux deux parties le droit de faire rescinder la vente pour cause de lésion; il demande si l'acheteur pourra demander la rescision en France, l'immeuble y étant situé; il répond affirmativement, nonobstant, dit-il, l'article 1683 du code Napoléon. La contradiction est manifeste. M. Demangeat l'a relevée (2). Il y a encore une autre contradiction dans la nouvelle opinion de Fœlix, c'est que la *loi de la convention* suppose que telle est l'intention des parties contractantes; or, peut-on dire que les vices du consentement, et notamment la lésion, dépendent de l'autonomie des parties intéressées? Est-ce la volonté des parties qui décide si la lésion vicie ou non le contrat? Non certes, ce que je viens de dire le

(1) Brocher, *Droit international privé*, p. 395 et 396.
(2) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 257 et la note *a* de Demangeat (4e édit.).

prouve. La loi donne l'action au vendeur, elle la refuse à l'acheteur. C'est donc la loi qui décide.

§ III. — *Des obligations du vendeur.*

N° 1. DE LA DÉLIVRANCE.

148. Aux termes de l'article 1603, le vendeur a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend.

L'obligation de délivrer donne lieu à une difficulté qui divisait déjà les anciens auteurs. La vente d'un immeuble est faite à la mesure : on demande si la mesure est déterminée par la loi du lieu où la chose est située, ou par celle du lieu où le contrat est passé; en principe, il faudrait dire que cela dépend de la volonté des parties. Il est certain qu'elles peuvent indiquer la mesure soit de la situation, soit du lieu du contrat, soit du domicile de l'une d'elles, ou de leur loi nationale : il faut donc voir ce qu'elles ont voulu. Si elles n'ont pas exprimé leur volonté, on doit recourir aux présomptions que la loi ou, à son défaut, le juge établissent en se fondant sur les faits et circonstances de la cause. Il faudrait donc, dans l'opinion que j'ai enseignée, distinguer si le vendeur et l'acheteur appartiennent à la même nation, ou s'ils sont d'une nationalité différente; dans le premier cas, on appliquerait la loi nationale, celle que les parties connaissent le mieux, et celle, par conséquent, qu'elles ont eu probablement en vue en contractant; dans la seconde hypothèse, on doit recourir à la loi du lieu du contrat, puisqu'il n'y a plus d'autres probabilités. Dans cette opinion, il n'y aurait jamais lieu à appliquer la loi de la situation de l'immeuble, à moins que ce ne soit l'un des faits d'où l'on peut induire la volonté tacite des parties. Tel serait mon avis. Mais cette opinion est isolée. Il faut donc entendre les partisans de l'opinion généralement suivie, celle qui s'en rapporte à la loi de la situation.

149. Ch. Dumoulin suppose qu'un homme étant en voyage trouve à vendre un domaine qu'il dit consister en

cent arpents; la mesure du lieu où il contracte est plus grande que celle du lieu où le domaine est situé. Comment mesurera-t-on les cent arpents? Dumoulin commence par dire que les parties n'ayant rien dit sur la mesure, il faut consulter leur volonté tacite et vraisemblable; donc la décision dépend de leur autonomie, la volonté tacite équivalant à la volonté expresse. Mais que doit-on décider s'il y a doute? Dans ce cas, il faut s'en tenir à la mesure du lieu où le mesurage doit se faire, parce que, dit-il, la mesure est attachée à la chose et, partant, réelle (1). La raison est singulière. Sans doute le mesurage est une opération matérielle, et pour la faire, on emploie les mesures usitées là où il faut mesurer. Mais ce n'est pas de l'opération matérielle qu'il s'agit, c'est une question d'intention; or, dans l'espèce, l'intention du vendeur n'est pas douteuse; il vend en pays étranger, il déclare vendre cent arpents : est-ce cent arpents d'après la mesure du lieu du contrat? Le vendeur ne connaît probablement pas la mesure du lieu où il vend; en déclarant que le domaine a cent arpents, il entend indiquer la contenance d'après sa coutume nationale ou locale; on peut dire que c'est là sa volonté tacite, d'après les faits et circonstances de la cause.

Boullenois cite encore l'opinion de Chopin, qui se prononce également pour la mesure du lieu où l'immeuble est situé. Chopin rapporte un arrêt du parlement de Paris rendu en ce sens (4 juillet 1585), après de longues discussions, les avis des juges étant partagés. Chopin cite les opinions diverses des auteurs sur cette question ; il ajoute que celle qui s'en rapporte à la loi de la situation lui paraît la plus juste. Nous voudrions connaître les motifs des premiers juges, puis du juge d'appel, ainsi que de l'arrêt rendu par le parlement dans une affaire qui eut un grand retentissement, mais on sait que dans l'ancien droit les jugements n'étaient pas motivés (2).

La tradition s'est donc prononcée pour la mesure du

(1) « *Quia mensura rei adhæret et realis est* » (Cod. *De summa Trinitate*, art. 33, glose, 1, n° 86).

(2) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. II, p. 497.

lieu de la situation; mais il importe de remarquer que le seul auteur qui motive son opinion, Dumoulin, pose en principe que la question dépend de l'intention des parties contractantes, ce qui exclut le statut réel, car ce statut est fondé sur la souveraineté de la loi territoriale. M. Massé s'exprime donc mal en disant que la mesure doit être déterminée par la *loi* de la situation des immeubles et non par la *loi* du lieu où la vente est passée. Lui-même ajoute : à moins de *convention contraire* (1). Si la *convention* détermine la mesure, il ne peut plus être question de *statut réel*, car le statut est un acte de souveraineté qui domine les lois étrangères et les conventions des parties. Dumoulin s'est prononcé pour la loi de la situation, à titre de présomption fondée sur les probabilités de la cause.

150. La même question se présente et plus fréquemment dans les ventes de meubles. Boullenois distingue. Si la chose mobilière doit être mesurée sur le lieu même où elle est vendue, on applique la règle dont Loysel a fait un adage : « En meubles, la mesure s'en doit faire selon le lieu où la vente se fait (2). » Si la chose ne doit pas être mesurée sur le lieu actuel de la vente, elle sera mesurée selon le lieu où elle doit être prise. C'est pourquoi j'ai vu juger, dit Charondas, par arrêt du 15 mai 1556, que la mesure du vin se prend selon le lieu du crû duquel est le vin vendu, et non selon le lieu du contrat. Ces distinctions prouvent qu'il ne s'agit pas d'une question de statut, mais d'une question d'intention.

M. Massé approuve ces décisions. Quand il s'agit de savoir quelle est la *mesure* de la chose, on doit s'en rapporter à la *loi* du lieu où est la chose, parce que c'est là qu'elle doit être mesurée et que le mesurage constitue un *acte distinct* de la vente, qui, sauf convention contraire, doit être régi par la loi du lieu où il est fait. A l'appui de cette opinion, M. Massé cite les paroles de Dumoulin que j'ai transcrites (n° 149) (3). Il me semble qu'il y a confusion

(1) Massé, *Le Droit commercial*, t. Ier, p. 451, n° 556 (2e édit.).
(2) Loysel, *Institutes coutumières*, livre III, tit. IV, règle 19.
(3) Massé, *Le Droit commercial*, t. Ier, p. 501 et 502, n° 603 (2e édit.).

d'idées. Autre chose est la *mesure*, autre chose est le *mesurage*. Le mesurage est une opération matérielle qui, d'ordinaire, se fait d'après la mesure locale, mais qui peut aussi se faire d'après une autre mesure, si telle est la volonté des parties. Or, dès que la mesure dépend de la *convention* expresse, tacite, ou présumée des parties, elle tient à la vente; c'est un élément essentiel du contrat, partant, elle dépend de la *loi du contrat;* mais cette *loi* n'est autre chose qu'une présomption de volonté, que les interprètes admettent, ce n'est pas un statut proprement dit; M. Massé le reconnaît, puisqu'il admet une *convention contraire*. En définitive, tout dépend de la volonté des parties, et cette volonté peut varier d'une espèce à l'autre; quand les contractants n'ont pas déclaré ce qu'ils veulent, ni par paroles, ni par des faits, le juge recourt à des présomptions fondées sur des probabilités. La doctrine des statuts est hors de cause.

N° 2. DE LA GARANTIE.

151. L'action en garantie est-elle régie par la loi du lieu où le contrat a été formé, par la loi de la situation de la chose vendue, par la loi du lieu du payement, ou enfin par la loi sous l'empire de laquelle naît la cause qui donne lieu à l'éviction?

C'est en ces termes que la question est posée par M. Massé, le seul auteur qui la traite avec quelque étendue (1). Je ne sais si la question est bien posée. En matière d'obligations conventionnelles, c'est l'autonomie qui domine, et l'autonomie n'a rien de commun avec la distinction des statuts. On doit donc examiner avant tout si l'obligation de garantie dépend de l'autonomie ou d'un statut qui y déroge. Le texte du code civil tranche la difficulté.

L'article 1626 pose en principe que le vendeur est obligé de droit à garantir l'acheteur de l'éviction qu'il souffre, quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune

(1) Massé, *Le Droit commercial*, t. Ier, p. 546, n° 637 (2e édit.).

stipulation sur la garantie. Cela suppose déjà que l'obligation dépend des *stipulations* intervenues entre les parties, donc de leur volonté; l'article 1627 le dit en termes formels : « Les parties peuvent, par des conventions particulières, *ajouter* à cette obligation de droit, ou en *diminuer* l'effet; *elles peuvent même convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie.* » Donc tout, en cette matière, dépend de l'autonomie des contractants. Si le vendeur et l'acheteur ont exprimé leur volonté, on applique l'article 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » Cette loi a effet partout, sans distinction de nationalité, sans que l'on tienne compte de la situation des biens dont les parties disposent. Cela écarte toute espèce de statut.

On aboutit à la même conséquence quand on considère les effets de la garantie. L'acheteur évincé a une action en dommages-intérêts, action personnelle, qui naît de l'inexécution de l'obligation contractée par le vendeur. La chose vendue reste en dehors de la contestation dont elle est la cause. Il suit de là que la loi du lieu de la situation de la chose vendue est sans influence sur l'action en garantie, toujours sauf stipulation contraire, puisque les parties peuvent stipuler tout ce qu'elles veulent. Il en serait de même si l'on qualifiait de statuts réels les lois qui ont pour objet les droits de la société; ces droits sont hors de cause, la garantie étant d'intérêt privé.

Je dis que la garantie est fondée sur l'inexécution de l'obligation contractée par le vendeur; il s'oblige à transférer la propriété à l'acheteur ou, comme dit le code Napoléon, à lui livrer la chose vendue, en le défendant contre toute éviction. Lorsque, dans un contrat bilatéral, l'une des parties ne satisfait pas à ses engagements, l'autre peut demander la résolution du contrat (art. 1184). Tel est l'effet de la garantie; la vente est résolue, le vendeur doit restituer le prix, et il est tenu des dommages-intérêts. Cela est décisif en ce qui concerne la nature de la garantie; la condition résolutoire tacite a été admise

par le code civil, parce que telle est l'intention des parties contractantes; elle dépend donc de leur autonomie, de même que toute convention.

152. Fœlix dit, en termes généraux, que les obligations naissant de la vente d'un immeuble sont soumises au statut réel. Voilà ce que j'appelle une application mécanique du principe de la réalité des lois concernant les immeubles. Le code civil le consacre, à la vérité, dans l'article 3, mais il le consacre tel qu'on l'entendait dans l'ancien droit, et tel que la nature même du statut le comporte. Il ne peut être question de statut réel là où il n'y a point de statut; or, les conventions dépendent, non du statut réel, mais de la volonté des parties. C'est un des points nombreux sur lesquels M. Demangeat s'écarte de l'opinion de l'auteur qu'il annote pour le contredire, presque dans tous les cas où Fœlix se prononce pour la réalité du statut.

M. Massé écarte aussi le statut personnel. Cela est certain si l'on s'en tient à la définition de l'article 3, qui répute personnelles les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes; or, la garantie n'a rien de commun avec l'état du vendeur ni avec sa capacité.

Je crois inutile d'examiner si la garantie dépend de la loi du lieu où la vente doit être exécutée. Quel que soit le lieu du payement, le vendeur doit toujours garantir l'acheteur contre l'éviction, puisque cette obligation est de la nature de la vente ; le lieu où le vendeur doit faire la délivrance n'a absolument rien de commun avec l'obligation qui lui incombe d'indemniser l'acheteur, en cas d'éviction.

Reste la loi du lieu où la vente s'est passée. C'est l'opinion généralement suivie par les auteurs modernes; il faut voir en quel sens et pourquoi ils se prononcent pour la loi du lieu. Rocco est très explicite sur ce point. Il constate que la garantie est de la nature de la vente, ce qui veut dire que les contractants la veulent; ils peuvent y renoncer, preuve qu'elle dépend de leur volonté, ce qui nous ramène à l'autonomie. Dans le silence des contractants, on doit présumer qu'ils ont adopté la loi du lieu où

ils traitent (1). C'est mon opinion, sauf que Rocco ne parle pas de la présomption que j'admets quand les deux parties ont la même nationalité. Cela n'empêche pas que le principe de la loi du contrat soit fondé sur la volonté présumée du vendeur et de l'acheteur; ce qui est décisif, car la loi du lieu est, non un statut, mais une loi que les parties établissent ou qu'elles sont présumées établir.

Fiore parle seulement de la loi du contrat (2), sans motiver son opinion. M. Massé aboutit à la même conséquence. Il dit que les dispositions de la loi sous l'*empire* de laquelle les parties ont contracté deviennent en quelque sorte des clauses de leur convention, à moins que le contraire ne résulte d'une *stipulation expresse* ou de quelque *circonstance particulière* (3).

153. Dumoulin examine une question qui se rattache à la garantie et qui peut se présenter encore. Une vente est faite dans un lieu où le vendeur doit donner caution pour la garantie : on demande si le vendeur est tenu de cette obligation, quoiqu'elle ne soit pas prescrite par sa loi personnelle, celle de son domicile, comme on disait jadis, ni par la loi de la situation de l'immeuble. Les anciens légistes se prononçaient généralement pour la loi du lieu où le contrat se passe, en s'appuyant sur un texte romain, devenu célèbre, à raison de ce débat, la loi *Si fundus*. Ils disaient que la convention est, dans ce cas, une formalité requise pour la perfection du contrat. Dumoulin s'élève avec force contre cette interprétation. Il croit que la loi romaine prévoit une espèce particulière, et que la décision est fondée sur les faits et circonstances de la cause. Le statut de la caution, dit-il, est personnel, en ce sens qu'il dépend de la volonté des parties contractantes. Il faut d'abord voir ce que les parties ont voulu, et si elles n'ont pas exprimé leur volonté, on doit présumer que le vendeur a entendu s'obliger à la garantir suivant la loi de son domicile.

(1) Rocco, *Delle leggi delle due Sicilie*, p. 335.
(2) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 387, n° 292.
(3) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 547, 2e édit.

Boullenois s'est rangé à l'avis de Dumoulin, comme il le fait d'habitude. Il réfute l'opinion générale, qui assimilait le cautionnement à une formalité; l'obligation de donner caution est étrangère à la preuve, c'est un mode ajouté à la garantie (1). Il fallait en conclure que la clause accessoire a la même nature que l'obligation principale, et recourir, par conséquent, dans le silence des parties, aux présomptions qui déterminent la volonté probable des contractants. On voit combien la doctrine était encore indécise sur la loi qui régit les conventions; elle n'était arrêtée que sur un point, c'est qu'il fallait consulter l'intention des parties intéressées : leur volonté faisait loi. Dans le silence des contractants, on ne suivait pas de présomption générale, il n'y en avait pas : le juge se décidait par des probabilités fondées sur les faits et circonstances de la cause. M. Massé, après avoir rapporté les opinions des anciens légistes, conclut en disant : « Sauf conventions contraires, la garantie est réglée, pour le fond, par la loi du contrat; pour la *forme* et pour la caution du vendeur, par la loi du domicile de ce dernier (2). » Je ne sais ce que l'auteur entend par la *forme* de la garantie; quant à la caution, comme ce n'est qu'une clause accessoire, je ne comprends pas pourquoi il y aurait une présomption différente pour l'accessoire que pour le principal : la loi du domicile du vendeur pour la caution, et la loi du contrat pour la garantie.

154. Le code Napoléon dit (art. 1625) que la garantie due par le vendeur à l'acheteur a deux objets : le premier est la possession paisible de la chose vendue; le second, les défauts cachés de cette chose, ou les vices rédhibitoires. Ainsi le législateur assimile les deux garanties; malgré les différences considérables qui les séparent, l'une et l'autre tiennent à l'autonomie. En cas de vices rédhibitoires, l'acheteur peut demander la résolution de la vente; sous ce rapport, il y a analogie entre les deux garanties, elles supposent l'une et l'autre que le vendeur n'a pas rempli son obligation, d'où naît pour l'acheteur le droit

(1) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. II, p. 461.
(2) Massé, *Droit commercial*, t. I[er], p. 548, n° 638, 2[e] édit.

d'agir en résolution. Cela est décisif pour la nature du statut : la condition résolutoire tacite est censée stipulée par les parties, chacune d'elles s'y soumet, et en profite; en ce sens, elle dépend de leur autonomie; mais, comme d'ordinaire les contractants ne manifestent aucune volonté à l'égard des vices, on recourt aux présomptions, et notamment à celle qui s'attache au lieu où le contrat se passe. En matière de vices rédhibitoires, cette présomption a pour elle toutes les probabilités; les vices dits rédhibitoires varient d'après les usages des lieux; les parties connaissent ou sont censées connaître ces usages, et traiter en conséquence.

Les anciens auteurs suivent tous comme règle que c'est la loi du lieu où la vente est faite qui détermine les cas où il y a lieu d'exercer l'action rédhibitoire; mais ils ne s'entendent pas sur le motif de décider. Boullenois donne pour raison que, s'agissant d'un contrat dont l'exécution se consomme sur-le-champ, l'intention des parties ne peut être autre que de se conformer aux lois du lieu où elles contractent. Cela suppose qu'il s'agit d'objets mobiliers que le vendeur livre immédiatement à l'acheteur; mais la vente peut être immobilière, et la livraison peut se faire dans un lieu autre que celui où les parties contractent. M. Massé, qui fait cette observation, ajoute que la garantie des vices rédhibitoires tient à la nature du contrat, lequel ne se serait pas formé si les vices avaient été connus. Donc, dit-il, *à moins de convention contraire*, la loi qui régit le contrat régit aussi l'action rédhibitoire. C'est dire que la volonté des parties décide, en principe, et que c'est seulement dans leur silence que l'on recourt à la loi du lieu, à titre de volonté présumée.

La loi de l'autonomie reçoit une exception en ce qui concerne le délai dans lequel l'action doit être intentée. Ce délai ne dépend jamais de la volonté des parties contractantes; il est fixé par la loi qui, pour les vices rédhibitoires, s'en rapporte à l'usage des lieux. Donc c'est la loi du for qui décide : le juge n'admettra l'action que si elle est intentée dans le délai fixé par les usages locaux.

§ IV. — *De la résolution et de la rescision de la vente.*

155. J'ai dit, dans le cours de cette Etude, que la résolution des contrats entre les parties dépend de leur autonomie. Cela est aussi vrai de la vente. L'article 1657 ne fait pas exception à la règle; il est ainsi conçu : « En matière de vente de denrées et effets mobiliers, *la résolution de la vente aura lieu de plein droit*, et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement. » De ce que la résolution a lieu de plein droit faut-il conclure que le contrat est résolu par la volonté du législateur, ce qui exclurait l'autonomie? Non; l'article 1657 ne dit pas que la vente est résolue malgré les parties, il dit que la résolution a lieu de plein droit *au profit du vendeur*, donc si le vendeur le veut, et il le veut parce qu'il a intérêt à le vouloir. Portalis dit, dans l'Exposé des motifs : « Les denrées et les effets mobiliers ne circulent pas toujours dans le commerce avec le même avantage; il y a une si grande variation dans le prix de ces objets, que le moindre retard peut souvent occasionner un préjudice irréparable. » Ajoutez que le commerce étant une suite incessante d'achats et de reventes, il faut que le marchand qui a vendu des marchandises puisse immédiatement les remplacer par d'autres marchandises; voilà pourquoi il stipule un terme pour le retirement; l'acheteur qui ne retire point ce qu'il a acheté entrave les opérations commerciales; d'après le droit commun qui régit la condition résolutoire tacite, le vendeur devrait agir en justice; de là des lenteurs qui répugnent à la rapidité des transactions mobilières. Il est donc naturel que le marché soit rompu, si le vendeur y a intérêt; et s'il veut le rompre, il peut le faire sans forme aucune (1). Tout dépend de sa volonté, et l'acheteur s'y est soumis en s'obligeant à retirer les choses dans le délai fixé par le contrat. Ma conclusion est que l'article 1657, tout en dérogeant à la condition résolutoire

(1) Portalis, Exposé des motifs, n° 22 (Locré, t VII, p. 75, édition de Bruxelles). Comparez mes *Principes de droit civil*, t. XXIV, n° 312, p. 303.

cite, maintient la nature de cette condition et, par suite nature du statut reste la même.

156. M. Massé fait, au sujet de la résolution des conats, notamment de la vente, une remarque très juste. action, dit-il, est toujours régie par la loi du lieu où le ntrat a été conclu, bien que la délivrance et le payement fassent dans d'autres lieux (1). La raison en est très mple; c'est que la résolution, comme la formation des ntrats, dépend de la volonté des parties intéressées; or, tte volonté se manifeste au moment où intervient le conurs de consentement; le lieu du payement est, en génél, indifférent, parce qu'il est déterminé par des circonances accidentelles. C'est le fait de manquer à ses gagements qui est la cause de la résolution, or, les gagements se contractent au moment où le contrat se rme; le lieu où le prix doit être payé et la chose déliée est indifférent pour la résolution. Si je reproduis la marque de M. Massé, c'est qu'elle vient à l'appui de la itique que j'ai faite du système de Savigny, qui place le ége de l'obligation au lieu où doit se faire le payement.

157. Il y a en matière de vente une condition résoluire expresse, qui est d'une nature toute spéciale, c'est la culté de rachat. Si le vendeur use du pacte de rachat, vente est censée n'avoir jamais existé. Mais il dépend e lui de ne pas exercer son droit: la résolution est facultive. Du reste, on applique les principes généraux qui gissent la résolution. Elle dépend de l'autonomie des ntractants; même après que la clause est contractée, le ndeur peut en user ou ne pas en user, selon son intét. L'autonomie reçoit cependant une restriction que je is mentionner, à raison de la conséquence qui en rélte.

Aux termes de l'article 1660, « la faculté de rachat ne ut être stipulée pour un terme excédant cinq années. » ns l'ancien droit, la prescription était de trente ans, nformément au droit commun qui régit la condition solutoire. Grenier, dans son rapport au Tribunat, dit

1) Massé, *Le Droit commercial*, t. Ier, p. 500, n° 602.

que « l'intérêt public s'oppose à ce que les propriétés restent pendant longtemps incertaines et flottantes ». Lorsque la condition se réalise, elle jette le trouble dans les relations civiles, tous les actes faits par celui dont le droit est résolu viennent à tomber.

Le délai de cinq ans étant d'ordre public, les parties n'y peuvent pas déroger, en ce sens qu'il ne leur est pas permis de stipuler un délai plus long. Le code le dit (art. 1660) : si la faculté de rachat a été convenue pour un délai plus long, elle doit être réduite au terme légal de cinq ans. De là suit que les étrangers ne pourraient pas invoquer leur statut personnel, si ce statut maintenait le délai général de la prescription : le statut territorial domine toute autre loi, quand il est d'intérêt public. Par contre, si les Français contractaient dans un pays étranger, la loi du lieu de la situation leur serait applicable; le délai de cinq ans n'entraîne aucune incapacité, il est donc étranger au statut personnel : le but du législateur est de sauvegarder l'intérêt général, ainsi que l'intérêt des tiers, qui est aussi un intérêt public; en ce sens le statut est réel. La réalité n'est cependant pas absolue. Les parties pourraient convenir d'un délai plus court, ce serait entrer dans les vues du législateur, puisque la clause diminuerait l'incertitude de la propriété. Si leur loi personnelle établissait un délai plus court, elles pourraient s'y rapporter soit expressément, soit tacitement (1).

158. La vente peut être rescindée pour vice de consentement. C'est l'application du droit commun. Le code y déroge en admettant la lésion comme une cause de rescision. J'en ai traité en parlant du prix (n°s 144-147). Faut-il appliquer à l'erreur, à la violence, au dol, le principe qui régit la rescision pour cause de lésion? L'affirmative résulte du motif même pour lequel les auteurs du code ont admis la lésion comme un vice du consentement. Tronchet dit que c'est une *espèce de violence*. Donc on doit dire de la violence ce que le code et à sa suite le droit international privé disent d'une espèce de violence. Les

(1) Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 142. Comparez mes *Principes de droit civil*, t. XXIV, p. 372, n° 384.

vices de consentement, dans mon opinion, dépendent de la loi personnelle des parties contractantes.

M. Massé distingue : si l'action en rescision a pour objet un immeuble, le statut est réel, et dépend, par conséquent, de la situation des biens ; si elle a pour objet un meuble, elle est soumise à la loi du lieu du contrat (1). A mon avis, la distinction entre les meubles et les immeubles n'a aucune raison d'être. Le vice d'erreur diffère-t-il suivant que la chose est mobilière ou immobilière? La question n'a pas de sens. Et quel rapport y a-t-il entre la situation de l'immeuble et les vices de consentement? Si l'immeuble était situé partie dans un pays, partie dans un autre, et que les lois territoriales diffèrent, il en résulterait que mon consentement serait vicié et ne serait pas vicié, pour un tiers ou un quart du domaine. Quant à la loi du lieu du contrat, c'est une volonté présumée, ce qui implique que le statut dépend de l'autonomie ; or, l'autonomie est absolument hors de cause, en matière de vices du consentement.

SECTION II. — Du louage.

§ Ier. — *Du louage des choses.*

N° 1. CONDITIONS.

159. Le code civil définit le louage des choses en ces termes : « C'est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un *certain temps*, et moyennant un *certain prix* que celle-ci s'oblige de lui payer » (art. 1709). Quant au prix, l'autonomie des parties est entière. Il n'en est pas de même de la durée du bail. En droit français l'on admet que la durée du bail ne peut pas excéder 99 ans. L'emphytéose, qui est qualifiée de bail, ne peut dépasser ce terme ; on applique cette restriction par voie d'analogie aux baux à loyer et à

(1) Massé, *Le Droit commercial*, t. Ier, p. 552, n° 641.

ferme. Le droit du bailleur serait anéanti par la jouissance perpétuelle du preneur.

Il suit de là que la durée du bail ne dépend pas de l'autonomie des parties contractantes ; elles ne pourraient pas faire un bail perpétuel. Mais quand il s'agit de diminuer la durée la plus longue du bail, alors l'autonomie reprend son empire ; l'intérêt général est sauvegardé, et dès que le droit de la société ne limite pas le droit des individus, ils jouissent d'une pleine liberté : ils pourraient donc se soumettre à leur loi personnelle, et ils seraient même présumés s'y soumettre, s'ils avaient la même nationalité. Tel serait le cas de deux Italiens faisant un bail, en France, d'un immeuble situé sur le territoire français ; à défaut de conventions contraires, on leur appliquerait le code italien, aux termes duquel le louage d'immeubles ne peut jamais dépasser trente ans (art. 1571). Comme disposition prohibitive, cette loi est territoriale, et ne dépasse pas les limites du territoire ; mais rien n'empêche les Italiens de s'y soumettre pour les biens situés à l'étranger ; on doit même présumer que telle est leur intention, puisqu'ils connaissent leur loi nationale mieux que la loi étrangère.

L'article 1571 du code d'Italie porte que les parties ne peuvent pas déroger à la règle qui fixe la durée du bail à trente ans ; il déclare nulle toute convention contraire. On demande si des Français pourraient faire un bail de quatre-vingt-dix-neuf ans, d'un immeuble situé en Italie. La négative me paraît certaine. La limite de la durée des baux est d'intérêt public ; à ce titre, elle forme un statut réel, auquel tous les habitants du territoire sont soumis.

160. Le code Napoléon et la loi hypothécaire belge contiennent d'autres restrictions relatives à la durée des baux. Dans le système du code français, le bail qui dépasse neuf ans est considéré comme un acte de disposition, que le propriétaire seul a le droit de faire ; ceux qui n'ont qu'un pouvoir d'administration, l'usufruitier, le tuteur, le mineur émancipé, la femme séparée de biens, ne peuvent faire qu'un bail de neuf ans, que pour cette raison on appelle bail d'administration. Quelle est la nature de

cette restriction? Elle est établie dans l'intérêt des incapables, et tient par conséquent au statut personnel. La femme française, séparée de biens, ne pourrait pas faire, à l'étranger, un bail de disposition, quand même, d'après la loi de la situation, elle en aurait le droit : la loi territoriale est ici hors de cause, c'est le statut personnel qui domine, ce qui est décisif. Si le tuteur étranger, d'après la loi personnelle du mineur, pouvait faire un bail dépassant neuf ans, il aurait ce droit en France, malgré la disposition de l'article 1718; le statut personnel est régi par l'article 3, il suit le Français à l'étranger, et l'étranger peut l'invoquer en France.

La loi hypothécaire belge restreint le pouvoir du débiteur qui a consenti une hypothèque ; s'il fait un bail pour plus de neuf ans, la durée en est réduite à la période de neuf ans dans laquelle le preneur se trouve quand le créancier hypothécaire exerce son droit. La raison en est que l'hypothèque démembre la propriété; le propriétaire ne peut plus faire un acte qui nuirait au créancier hypothécaire. De là suit que les restrictions résultant de l'hypothèque tiennent au statut réel; elles sont applicables à tout détenteur de l'immeuble hypothéqué, quelle que soit sa nationalité et quand même son statut personnel serait contraire. Le statut de l'hypothèque est réel non seulement parce qu'il concerne un immeuble, c'est la théorie traditionnelle, mais encore parce que les hypothèques concernent le droit de la société : le statut étant réel à tous égards l'emporte par cela même sur tout statut contraire.

161. Y a-t-il des conditions de forme pour la validité du louage? Il faut distinguer. Entre les parties, le louage se parfait par le seul concours de consentement; l'écrit, si les parties en dressent un, ne sert que de preuve. C'est en ce sens que l'article 1714 dit qu'on peut louer par écrit ou verbalement. S'il n'y a pas d'écrit, ou si l'écrit est nul en la forme, il n'y aura pas de preuve littérale, mais le contrat n'en sera pas moins valable, en supposant que les conditions prescrites par la loi aient été observées. Comment se fera, dans ce cas, la preuve? En principe, d'après

le droit commun, sauf les dispositions exceptionnelles des articles 1715 et 1716, sur lesquelles je reviendrai.

A l'égard des tiers, il faut faire une nouvelle distinction. Si le bail a pour objet des meubles, aucune forme n'est prescrite. S'il a pour objet des immeubles, on applique, en Belgique, la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, dont l'article 1er soumet à la transcription les baux excédant neuf années, ou contenant quittance anticipative d'au moins trois années de loyer. La transcription est prescrite dans l'intérêt des tiers. Si elle n'a pas été faite, le bail ne pourra être opposé aux tiers acquéreurs et aux tiers créanciers que pour la période de neuf ans dans laquelle le preneur sera entré, lors de la vente ou lors de la saisie des biens; c'est en ce sens que la loi dit que la durée des baux non transcrits sera réduite, conformément à l'article 1429 du code civil. Le bail pourra donc être opposé aux tiers, d'après l'article 1743 du code Napoléon, sur lequel je reviendrai, mais il ne pourra leur être opposé que pour la durée d'un bail ordinaire de neuf ans. Que si le bail contient une quittance de trois ans de loyers, et s'il n'a pas été transcrit, les payements anticipatifs ne pourront être opposés aux tiers.

Quelle est la nature du statut qui régit soit la preuve, soit la transcription du bail? On applique les principes que j'ai exposés dans le cours de ces Etudes sur les obligations et sur les statuts réels. Il en résulte que le statut est différent : quant à la preuve, on suit la loi du lieu où le contrat a été passé, sans distinction entre les meubles et les immeubles; tandis que la transcription formant un statut réel, tout bail d'immeubles situés en Belgique devra être transcrit, quel que soit le lieu où le contrat a été passé, et quelle que soit la nationalité des parties contractantes.

162. Les règles générales sur les preuves auxquelles le bail est soumis reçoivent exception dans les cas prévus par les articles 1715 et 1716. Je dois m'y arrêter parce que ces dispositions n'ont pas été reproduites par le code italien, lequel, en matière de preuves, suit généralement le code français. Il en résulte, entre les deux législations,

un conflit qui intéresse notre science, et ce même conflit existera probablement entre le nouveau code des Belges et la loi française, les dispositions exceptionnelles que je vais exposer étant contraires aux vrais principes.

D'après le droit commun (art. 1341), la preuve testimoniale aurait été recevable pour prouver l'existence d'un bail verbal, quand la chose n'excède pas la valeur de cent cinquante francs; tandis que l'article 1715 prohibe cette preuve, quelque modique que soit le prix du bail. Quel est le motif de cette prohibition? L'orateur du Tribunat répond « que cette innovation sera utile pour la classe nombreuse qui ne peut louer que des objets d'une valeur modique : un procès est leur ruine. Il faut tarir la source de ces procès, en proscrivant, dans cette matière, la preuve testimoniale (1). » Cette considération est loin d'être décisive. C'est sans doute chose utile de prévenir les procès, mais il y a un plus grand intérêt, c'est de maintenir le droit, le respect dû aux conventions. Les parties sont autonomes en matière d'obligations conventionnelles; le code proclame leur liberté (art. 1134, 1387); elles en usent, elles contractent, puis le législateur vient, au nom de leur intérêt, les empêcher de soutenir leur droit, en leur refusant l'usage de la preuve testimoniale. C'est anéantir la volonté des parties que l'on proclame souveraines. Le respect du droit est le premier devoir du législateur, et il doit laisser à chacun la faculté de soutenir son droit à ses risques et périls (2). Le Code italien a bien fait de laisser là ces chaînes pour revenir à la liberté.

L'article 1716 suppose que l'exécution du bail a commencé; il n'y a aucune contestation sur l'existence du contrat, mais des difficultés s'élèvent entre les parties sur le prix, sur la durée du louage; comment se fera la preuve? Si les parties sont en désaccord sur le prix d'un bail verbal, la loi veut que l'on recoure d'abord aux quittances, c'est-à-dire à la preuve littérale. S'il n'y a pas de quittance, les parties pourront-elles invoquer la preuve testi-

(1) Jaubert. *Discours* n° 4 (Locré, t. VII, p. 211, édition de Bruxelles). Duranton, t. XVII, p. 33, n° 51.
(2) Comparez Duvergier, *Du Louage*, t. Ier, p. 227, n° 253.

moniale? D'après le droit commun, cette preuve serait recevable s'il s'agissait d'une somme moindre de cent cinquante francs ; le code la rejette implicitement en s'en rapportant au serment du propriétaire, il veut prévenir les procès et les longues procédures des enquêtes (1). Cependant la loi permet au locataire de demander l'estimation par experts, en ajoutant que les frais de l'expertise resteront à sa charge si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré. Ces dispositions sont incohérentes et injustes. La loi admet l'expertise ; dès lors, il n'y avait pas de raison de refuser les témoignages. C'est un vrai déni de justice.

Il y a conflit entre la loi italienne et la loi française. Des Italiens pourront-ils prouver par témoins, devant les tribunaux français, soit le fait, soit le prix du bail, si le contrat a été passé en Italie? L'affirmative ne me paraît pas douteuse. C'est le droit commun. La preuve dépend de la loi du lieu où le contrat s'est fait. Au moment où les parties ont consenti, elles devaient s'attendre à ce que la preuve se fît par témoins ; elles ne pouvaient prévoir que le hasard des circonstances porterait le procès devant un tribunal français ; le juge français doit donc maintenir leur droit.

Il en serait autrement si les parties louaient en France un immeuble situé sur le territoire français. La loi du lieu du contrat leur défend la preuve testimoniale ; elles le savaient en contractant, elles devaient se procurer une preuve littérale ; si elles ne l'ont pas fait, elles doivent subir les conséquences de leur imprévoyance.

Des Français font un bail verbal en Italie. Seront-ils admis à prouver par témoins soit l'existence du bail, soit le prix, s'il y a lieu? L'affirmative ne fait aucun doute, puisque tel est le droit commun. Mais s'il s'agissait de prouver en France un bail fait en Italie, les parties pourraient-elles invoquer la preuve testimoniale que la loi du for repousse? Je crois qu'il faudra encore appliquer le droit commun, c'est-à-dire la loi du lieu où le contrat a été passé. Vainement dirait-on que le juge français ne peut ordonner une

(1) Colmet de Santerre, continuation de Demante, *Cours analytique*, t. VII, p. 240, nº 162 *bis*, VIII.

preuve que la loi territoriale prohibe dans l'espèce; je réponds que le juge du for doit décider comme aurait fait le juge du lieu où la convention a été contractée. On ne peut pas objecter que les articles 1715 et 1716 sont des dispositions d'ordre public qui lient tous les habitants du territoire, et que le juge doit appliquer à tous les plaideurs. J'ai cité les paroles des auteurs mêmes du code civil; il n'y est pas question d'intérêt général; la loi se préoccupe outre mesure de l'intérêt de ses justiciables; cela ne regarde pas ceux qui traitent en pays étranger.

N° 2. OBLIGATIONS.

163. Fœlix range parmi les statuts réels les obligations résultant du louage d'immeubles (1); il ne donne aucun motif à l'appui de cette décision. Je suppose qu'il la fonde sur l'article 3, aux termes duquel les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. J'ai dit bien des fois que cette disposition est basée sur la souveraineté territoriale, ce qui implique que les droits de la puissance souveraine sont en cause. Or, en matière de contrats, les vrais souverains sont les parties contractantes; le code qualifie leurs conventions de *lois*, et il dispose qu'elles peuvent faire telles conventions qu'elles veulent. Telle est aussi la tradition française. La proposition de Fœlix est donc en opposition avec l'esprit de l'article 3, et elle est en opposition avec la tradition.

L'annotateur de Fœlix le contredit sur ce point comme sur tant d'autres. M. Demangeat demande quelles obligations résultent du louage d'immeubles? dans quels cas ce contrat est nul, rescindable ou résoluble? Pour répondre à ces questions, dit-il, il suffira presque toujours de rechercher quelle a été l'*intention* des *parties*, et si les parties étaient *capables*. Or, la *capacité* dépend du *statut personnel* des contractants, alors même qu'ils traitent sur des immeubles. Quant à l'*intention*, on l'interprète, soit par la *loi personnelle* des parties, si toutes deux ont la

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 124.

même loi, c'est-à-dire, dans le système du code civil, la même nationalité, soit par la loi du lieu où le contrat s'est formé. Voilà, à la lettre, le système que j'ai exposé dans le cours de ces Etudes. M. Demangeat en conclut qu'à première vue, il ne reste pas de place pour le statut réel. Ce n'est pas à dire qu'il n'y ait jamais lieu à appliquer le statut réel dans la matière des contrats, mais il est certain que ce statut, au lieu de former la règle, comme le dit Fœlix, ne forme qu'une rare exception. C'est sur ces exceptions que je m'arrêterai un instant.

164. « S'il y a plusieurs locataires, dit l'article 1734, tous sont solidairement responsables de l'incendie. » On suppose qu'il est tout à fait incertain par la faute duquel des locataires le feu a pris. Une responsabilité imposée à des locataires qui ne sont pas en faute est déjà bien rigoureuse; disons le mot, elle est injuste. Le code civil renchérit sur l'iniquité de l'ancien droit, en déclarant tous les locataires responsables solidairement des dommages-intérêts. Cette innovation souleva de vives critiques au conseil d'Etat; l'intérêt des propriétaires l'emporta sur le droit et sur l'équité. Rien de plus faible que les raisons que l'on donne pour justifier une responsabilité qui ne peut pas être justifiée. C'est aux locataires de se surveiller mutuellement, dit l'orateur du gouvernement. Cela n'est pas sérieux, et cela ne mérite pas de réponse (1).

Le code italien rejette la solidarité (art. 1590); le législateur néerlandais va plus loin, il dispose que le locataire, fût-il seul, ne répond pas de l'incendie, à moins que le bailleur ne prouve qu'il était en faute (art. 1601). Cette disposition ne tombe-t-elle pas dans un autre excès? Ce n'est pas ici le lieu de la critiquer. Je dois me borner à établir la nature du statut, et à régler le conflit qui résulte de la diversité des législations sur cette matière.

C'est uniquement dans l'intérêt de la propriété que le conseil d'Etat impose aux preneurs une responsabilité qui heurte tous les principes. Dès lors, il faut dire que la disposition de l'article 1734 a pour objet de protéger la pro-

(1) Duvergier, *Du Louage*, t. Ier, p. 427, n° 422. Troplong, *Du Louage*, nos 374-377.

riété immobilière, ce qui, dans l'esprit de la tradition rançaise, lui imprime un caractère de réalité : on peut lire que c'est une loi de police, qui, d'après l'article 3, oblige tous les habitants du territoire. Quand même le propriétaire d'un immeuble situé en Belgique ainsi que les locataires seraient néerlandais, le bailleur aurait l'action solidaire contre eux, en cas d'incendie ; à moins que l'on ne pût prouver qu'il y a renoncé, car le droit de renoncer à un privilége qui a été introduit en faveur des propriétaires ne saurait leur être contesté. Mais pourrait-on dire que les parties intéressées ont entendu déroger au code civil en vigueur en Belgique, par cela seul qu'elles sont étrangères et régies par une loi qui n'admet point la responsabilité des locataires? Je crois que ce ne serait pas le cas d'appliquer la règle qu'en matière de contrats les parties dont la nationalité est la même sont présumées s'être soumises à leur loi nationale. Cette présomption suppose que les parties sont autonomes. Or, la responsabilité des locataires n'est pas une question d'autonomie. Tout propriétaire d'un immeuble loué jouit en Belgique du droit exceptionnel que l'article 1734 donne au bailleur; pour qu'il en fût déchu, il faudrait une renonciation ; or, le fait que le bailleur est néerlandais n'implique pas une renonciation, car les renonciations ne se présument jamais.

Si des Français faisaient un bail en Italie, le propriétaire pourrait-il invoquer contre les colocataires français la solidarité établie en faveur du bailleur par le code civil? La négative est certaine, car la solidarité étant un statut réel n'a aucun effet hors du territoire pour lequel il a été établi. Cela me paraît décisif. Tout au plus pourrait-on soutenir que les parties seraient soumises à la loi française si le bail avait été fait en France. Encore préférerais-je m'en tenir rigoureusement à l'effet du statut réel, dans une matière tout à fait exceptionnelle, alors que l'exception est contraire aux vrais principes. L'autonomie étant écartée, on ne peut pas dire que les parties on adopté leur loi nationale.

165. L'article 1743 a donné lieu à une vive contr

verse. En principe, le preneur n'a qu'un droit de créance, qu'il peut faire valoir contre le bailleur, mais qu'il ne peut pas opposer aux tiers; il n'a pas de droit réel dans la chose louée, il a seulement une action personnelle contre ceux qui se sont obligés à le faire jouir. Lorsque le bailleur aliène l'héritage loué, l'acquéreur a le droit d'expulser le preneur. Tel était le principe du droit romain, et on le suivait aussi dans l'ancienne jurisprudence.

L'article 1743 y déroge : « Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine. » Troplong a conclu de là que le preneur a un droit réel dans l'immeuble loué.

Le texte même du code civil résiste à cette interprétation. L'article 1743 ne dit pas que le preneur a un droit réel, il ne dit pas qu'il peut opposer son bail à tout tiers, il ne dit pas même qu'il peut toujours l'opposer à l'acquéreur ; celui-ci n'est tenu de respecter le bail que lorsqu'il est authentique, ou qu'il a date certaine; si le bail n'a pas date certaine, l'acheteur peut expulser le locataire ou le fermier. Que dit donc l'article 1743, et quel est le but de l'innovation qu'il consacre? La loi dit que l'acquéreur doit maintenir le contrat, quand le bail est certain, notamment quant à la durée. Le droit d'expulser est conforme à la rigueur des principes, mais il est contraire à l'intérêt des parties contractantes et à l'intérêt général. La stabilité des conventions est d'intérêt public, cela est surtout vrai des baux; on ne trouve de bons locataires, des fermiers diligents et soigneux que s'ils peuvent compter sur la jouissance que le contrat leur accorde; s'ils risquent d'être expulsés d'un instant à l'autre, ils ne jouiront pas avec les soins d'un bon père de famille, car ils ne sont pas sûrs de profiter de leurs travaux. Voilà pourquoi il était d'usage de stipuler que l'acheteur serait obligé de respecter le bail. Qu'a fait le législateur français? Il sous-entend cette clause dans tous les contrats de vente d'une chose louée, pourvu que l'acte de bail donne une certitude de la durée du louage. Il est vrai que cela est contraire à la rigueur des principes, mais la loi qui établit les

principes pour l'utilité commune peut aussi y déroger (1).

Le code italien a maintenu le principe du code français, en lui donnant une plus grande extension; il défend l'expulsion, alors même que le bail n'a pas date certaine, pourvu que le preneur soit en possession avant la vente; l'acheteur est, dans ce cas, tenu de le laisser en possession pendant le temps pour lequel sont censés faits les baux qui n'ont pas de durée fixe (art. 1598), ce qui est très logique. Le code des Pays-Bas (art. 1612) va encore plus loin, il ne permet pas à l'acquéreur de rompre le bail, à moins que le bailleur ne se soit réservé ce droit dans le contrat.

166. Maintenant que nous connaissons l'objet de l'article 1743, il sera facile de déterminer la nature du statut qui défend l'expulsion du preneur. Si l'on écarte le système de Troplong, il reste une convention qui déroge aux principes généraux du bail, la clause que le législateur a insérée dans le code pour dispenser les parties de la peine de la stipuler, mais en leur permettant de stipuler le contraire. Aux termes de l'article 1744, les parties peuvent convenir qu'en cas de vente l'acquéreur aura le droit d'expulser le preneur. Ainsi le statut de l'article 1743 est fondé sur la volonté présumée des contractants, comme toutes les règles que le code établit en matière de contrats. Cela est décisif. Il en résulte qu'il ne s'agit pas d'un statut proprement dit, c'est-à-dire d'une loi qui s'impose aux parties intéressées dans un intérêt social. J'ai dit, il est vrai, qu'il est d'intérêt public que les conventions restent stables, mais cela suppose que les parties veulent que leurs conventions soient maintenues : si elles-mêmes consentent à ce qu'elles soient rompues, le législateur ne peut et ne veut pas leur imposer l'irrévocabilité, c'est avant tout l'affaire des parties intéressées. De là suit que la règle de l'article 1743 et ses conséquences, ainsi que les modifications dont elle est susceptible, sont une dépendance de l'autonomie. Dans le silence des contractants, on applique les présomptions que la loi ou, à son défaut, le juge éta-

(1) Voyez, sur le sens de l'article 1743 et sur les débats auxquels il a donné lieu, mes *Principes de droit civil*, t. XXV, nos 9 30.

blissent pour en induire la volonté probable des contractants. Je renvoie à ce que j'ai dit dans la partie générale de cette Etude.

Fœlix dit que la question de savoir si l'acquéreur est obligé d'entretenir le bail fait par le vendeur se décide par la loi du contrat (1). Cette décision tient à la théorie de l'auteur sur les *effets* et les *suites* des conventions. J'ai combattu cette théorie, mais je maintiens l'application que Fœlix en fait, toutefois par des motifs différents. Il est inutile de rentrer dans ce débat. Je dois cependant mentionner le dissentiment de M. Demangeat, qui s'écarte de nouveau de l'opinion de l'auteur qu'il commente. L'obligation du bailleur d'un immeuble, dit-il, implique toujours un lieu d'exécution déterminé, donc, suivant la théorie de Fœlix lui-même, on doit suivre la loi de la situation. Que Fœlix soit inconséquent à ses principes, cela se peut, mais cela prouve-t-il que la disposition de l'article 1743 soit un statut réel? Il faudrait, pour le décider ainsi, que le principe même fût vrai; or, M. Demangeat a combattu le principe posé par Fœlix, à savoir que les obligations naissant du louage d'immeubles forment un statut personnel; il dit très bien que les conséquences d'un contrat dépendent, avant tout, de la volonté des contractants. N'a-t-il pas oublié ce principe quand il range la règle de l'article 1743 parmi les statuts qui dépendent de la situation des biens?

167. Il me reste à parler du conflit qui existe entre les diverses législations quant au droit d'expulsion. D'après le code italien, il suffit que le preneur soit en possession, lors de la vente de la chose louée, pour que l'acquéreur ne puisse pas l'expulser. Cela est fondé sur la volonté probable des parties contractantes : si des Italiens peuvent stipuler en France que le bail doit être maintenu, en tant qu'il est certain, cette convention peut aussi être tacite, en ce sens que, sans même faire un acte de bail, ils se soumettent à leur loi nationale, loi qu'ils connaissent, et qui leur paraît plus juste que le code français,

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. 1er, p. 250, et la note *e* de Demangeat (4e édition).

dont, après tout, elle n'est qu'une extension rationnelle. L'acquéreur ne pourrait pas opposer au preneur le droit que lui donne l'article 1743, quand le bail n'a pas date certaine, en prétendant que le droit d'expulsion est un statut réel, puisqu'il concerne un immeuble. Fœlix lui-même a reculé devant cette conséquence que l'on voudrait tirer de l'article 3 du code civil; la souveraineté n'est pas en cause; c'est, au contraire, la volonté des parties qui est souveraine dans l'espèce. On ne peut pas dire non plus que l'intérêt général exige que l'acquéreur ait la faculté d'expulser le preneur; la société a plutôt intérêt à ce que les conventions soient respectées, et à ce que le preneur puisse achever son bail.

D'après le code des Pays-Bas, l'acquéreur ne peut jamais expulser le preneur. Des Belges contractant en Hollande pourraient déroger à la loi néerlandaise, en convenant qu'en cas de vente, le bail sera résolu, au profit de l'acquéreur, si celui-ci veut user de ce droit; ils peuvent aussi déroger tacitement à la loi territoriale, en se soumettant à leur loi nationale, le code civil; cette convention tacite serait présumée, si l'on inscrivait dans le nouveau code des Belges la présomption fondée sur la nationalité des parties contractantes. Libre aux parties d'expliquer leur volonté, et de prévenir, par conséquent, l'application des présomptions légales, si elles ne répondent pas à leur intention.

Si des Néerlandais louaient en Belgique, ils pourraient stipuler que l'acquéreur n'aurait pas le droit d'expulsion, dans le cas de vente; on admettrait facilement une convention tacite en ce sens, fondée sur la loi nationale des parties intéressées. L'acquéreur ne pourrait se prévaloir contre les parties de la loi territoriale, puisque le droit d'expulser ou la défense d'expulser ne dépendent pas de la situation des biens; c'est une question de volonté qui, dans l'espèce, se décide par la nationalité des parties.

168. Quand la totalité ou la moitié au moins d'une récolte est enlevée par des cas fortuits, le fermier peut demander une remise proportionnelle des fermages (art. 1769 et 1770). Quel est le fondement de ce droit?

Résulte-t-il de la nature du bail? Dans ce cas, il faut dire que le statut dépend de l'autonomie, puisque les parties peuvent régler leurs droits et leurs obligations comme elles veulent. Si, au contraire, la loi déroge aux principes en se fondant sur l'équité, dans ce cas, il faut dire qu'elle s'impose aux parties, que c'est une loi d'intérêt public; par conséquent, des étrangers ne pourraient pas se prévaloir de leur loi nationale, plus rigoureuse et partant moins équitable. La question de droit international, dans l'espèce, dépend des motifs de la loi. Malheureusement il y a controverse sur les motifs. Dans mes *Principes de droit civil*, j'ai admis, avec la plupart des auteurs, que le droit du fermier à une indemnité est fondé sur l'obligation que le bailleur contracte de faire jouir le preneur. Telle était la tradition, ce qui est déjà un grand préjugé en faveur de l'opinion que je propose. Les orateurs du Tribunat reproduisent cette doctrine (1). Au point de vue des vrais principes, cela est très contestable; je n'entre pas dans ce débat (2); il suffit, pour décider la question du statut, de savoir quel est le sens de la loi française.

Fœlix applique la loi du contrat, et M. Demangeat se prononce pour la réalité du statut (3); c'est la même opposition que je viens de constater en ce qui concerne le droit d'expulsion; comme les principes sont identiques, je puis m'en rapporter à ce que j'ai dit sur la nature du statut de l'article 1743. Dans mon opinion, la loi du lieu où le contrat est passé est une de ces présomptions que le législateur et, à son défaut, le juge, admettent pour en induire la volonté probable des parties; or, la volonté des contractants est décisive en ce qui concerne l'indemnité à laquelle le fermier a droit. En admettant la théorie du code civil, les parties peuvent y déroger, puisqu'elles peuvent stipuler que le fermier supportera les cas fortuits; elles pourraient donc aussi se soumettre à leur loi natio-

(1) Pothier, *Du Louage*, n° 153. Jaubert, *Discours*, n° 10; Mouricault, *Rapport*, n° 15 (Locré, t. VII, p. 212 et 204).
(2) Voyez Duvergier, *Du Louage*, t. II, p. 154, n° 151.
(3) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 250, et la note *c* de Demangeat.

nale, ou, s'il y a lieu, à la loi du pays où elles contractent. Cela décide la question du statut; il dépend de la volonté exprimée, ou de la volonté que le législateur présume, dans le silence des parties.

§ II. — *Du louage des gens de travail.*

169. L'article 1780 porte : « On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée. » Cette prohibition découle du principe de liberté individuelle qui est plus que la base de notre organisation sociale, elle est l'essence de notre vie; tout engagement qui détruit ou qui compromet la liberté est nul en vertu de l'article 6 du code civil; les particuliers ne peuvent déroger aux lois qui sont d'ordre public; la cause d'un pareil engagement serait illicite, et l'obligation sur cause illicite ne peut avoir aucun effet (art. 1131-1133).

Je ne sais s'il y a des lois contraires qui permettent de louer son travail pour toute sa vie. Nos anciens légistes enseignaient aussi que l'homme libre ne peut engager ses œuvres à perpétuité. Toutefois ils ajoutent une restriction à cette maxime de liberté : « A moins que le louage ne fût fait pour la *cause pie.* » Ainsi il y a un asservissement que les jurisconsultes chrétiens approuvent, c'est celui qui se fait soi-disant pour cause de religion. En effet, au moyen âge, il y avait des serfs volontaires. J'ai donné ailleurs la formule de ce honteux esclavage que l'Eglise consacrait (1). Dans notre droit, disons mieux, dans nos sentiments et nos croyances, une pareille servitude ne serait plus considérée comme une *œuvre pie,* elle serait radicalement nulle, comme la plus impie des conventions. Et s'il y avait une loi étrangère qui l'autorisât, elle devrait céder à la loi territoriale. Inutile d'insister : notre religion quoi qu'on en dise, n'est plus celle du moyen âge; et notre droit s'est modifié en même temps que nos idées. Cette immense révolution porte une date dans l'histoire,

(1) Voyez mes Etudes sur l'histoire de l'humanité, t. VII, *La Féodalité et l'Eglise.* Comparez mes *Principes de droit civil,* t. XXV, n° 491, p. 542.

celle de 1789; elle aura bientôt une existence séculaire. La postérité reconnaissante la célébrera comme l'inauguration d'une ère de liberté, et elle glorifiera la grande nation pour avoir répandu les principes nouveaux partout où ses armes victorieuses ont porté la gloire du nom français.

170. L'article 1781 se rattache aussi à une idée de 1789, l'égalité, à laquelle il déroge. Il est ainsi conçu : « Le *maître* en est cru sur son *affirmation :* pour la quotité des gages; pour le payement du salaire de l'année échue, et pour les acomptes donnés pour l'année courante. » Cette disposition a été abrogée en France, le code italien ne la reproduit pas, il est probable qu'elle disparaîtra du futur code des Belges. Avant d'apprécier ces innovations, il faut constater en quoi l'article 1781 déroge au droit commun. On suppose que les gages convenus par an ne dépassent pas 150 francs, ou que le louage s'est fait au mois; dans ce cas, le domestique aurait été admis, d'après l'article 1341, à prouver par témoins la quotité des gages qu'il réclame. Le code civil lui refuse ce droit pour s'en rapporter à l'affirmation du maître. Pourquoi? On voulait prévenir une espèce de coalition des domestiques contre leurs maîtres, la pire de toutes, celle du mensonge et de la fraude.

Il y a une autre dérogation au droit commun. Le juge peut, dans les cas prévus par la loi, déférer le serment à l'une des parties (art. 1366). Quand il s'agit d'une contestation entre le domestique et le maître, c'est la loi elle-même qui défère le serment, et elle le défère au maître en se contentant d'une simple affirmation. Pourquoi? Treilhard répond : « Il fallait déférer le serment à l'un ou à l'autre; or, le maître mérite plus de confiance que le domestique. »

Tels sont les motifs pour lesquels l'article 1781 déroge au droit commun; ils se réduisent à dire que les domestiques et les ouvriers manquent de moralité, et si leur conscience est muette, c'est que leur raison est restée inculte. La loi française qui abroge l'article 1781 porte la date du 2 août 1868. Est-ce qu'à cette époque la condition

intellectuelle et morale des classes ouvrières avait changé? On n'a pas osé l'affirmer, on a dit plutôt le contraire. Le seul motif que l'on ait donné pour justifier l'abrogation de l'article 1781, c'est que cette disposition blesse l'égalité, et l'égalité, a dit le rapporteur de la commission, est la passion dominante, sinon exclusive, de la France. Or, comprend-on que dans un pays où tous les citoyens sont déclarés égaux devant la loi, où tous sont électeurs et éligibles, maîtres et serviteurs, comprend-on que, s'il s'élève entre eux une contestation, la loi proclame la supériorité intellectuelle et morale du maître, et déclare que le serviteur est suspect de mensonge et de fraude?

J'avoue que je préférerais un peu plus de zèle pour l'instruction et pour l'éducation, un peu plus d'amour pour la classe la plus nombreuse et la plus pauvre, et un peu plus d'intelligence de ce qui leur fait défaut : c'est la moralisation. Est-ce en leur donnant des notions nécessairement incomplètes, et qu'ils ne comprendront même pas, sur les sciences naturelles, que l'on fera connaître aux enfants et aux ouvriers leurs devoirs, et qu'on leur apprendra à les pratiquer? Je ne m'explique ces aberrations que par l'ignorance : avant de légiférer en faveur des classes inférieures, il ne serait pas mal de les connaître, un peu plus qu'on ne connaît les noirs d'Afrique, dont on ne connaît guère que la peau!

Je reviens au statut de l'article 1781. Une loi d'inégalité, qu'elle soit juste ou non, tient au droit public, et forme, par conséquent, un statut réel. Qu'un ouvrier français vienne en Belgique, il y sera soumis à la disposition de l'article 1781, il ne pourra invoquer sa loi personnelle, parce que cette loi est tenue en échec par la loi territoriale qui est d'ordre public. Par identité de raison, les ouvriers belges et les nombreux domestiques qui vont servir en France profiteront de la loi d'égalité qui y règne. L'esclave qui met le pied en France y est affranchi, bien que la servitude continue à peser sur lui en vertu de sa loi personnelle. Or, dans l'esprit de la loi française, toute inégalité est un débris de l'antique esclavage; partant, toute loi personnelle qui établit un privilége en faveur du

maître et au préjudice de l'ouvrier, tombe, dès que l'ouvrier étranger met le pied sur une terre d'égalité.

§ III. *Des voituriers par terre ou par eau.*

171. Le mot de voiturier, qui est le terme technique, fait un singulier contraste avec le transport des hommes et des choses par bateaux à vapeur et par chemin de fer. Une rapidité de communications qui tient du prodige a remplacé une lenteur qui nous paraîtrait aujourd'hui désespérante. La vapeur nous transporte d'un continent à l'autre, plus vite que les voituriers ne convoyaient les voyageurs dans l'intérieur d'un même pays. Une nouvelle législation s'est formée, internationale de sa nature; le moment approche où il faudra réglementer des rapports internationaux qui embrassent la terre entière. Déjà les travaux préparatoires s'exécutent. J'ai sous les yeux un livre intitulé : *La Législation internationale sur les transports par chemin de fer :* c'est la traduction française d'un ouvrage allemand écrit par un docteur en droit, G. Eger. Il ne s'agit plus d'une œuvre théorique ; nous entrons dans la voie de la diplomatie, à laquelle j'ai si souvent fait appel dans le cours de ces Etudes. L'auteur examine un projet que le conseil fédéral suisse a soumis aux gouvernements allemand, français, italien et autrichien; je ne sais pourquoi on a oublié la Belgique, qui a eu son chemin de fer longtemps avant l'Europe centrale. Je ne puis entrer dans des détails qui ne sont encore qu'un simple projet; mais le projet seul est un signe du temps. Espérons que la diplomatie, une fois qu'elle sera mise en mouvement, ne s'arrêtera pas aux chemins de fer; sans contester l'immense importance de cette merveilleuse invention, il y a des lois d'un intérêt moral qui sont bien plus importantes; après tout, les voies de transport ne sont qu'un instrument, le progrès intellectuel et moral est le but. Pour le moment, je dois me restreindre et encore dans des limites très étroites. C'est le droit français qui forme l'objet de ces longues Etudes; je vais exposer les

principes consacrés par la jurisprudence française sur les transports internationaux.

172. Un arrêt de la cour de cassation de France, rendu en 1861, après partage et délibéré en chambre du conseil, pose ce principe sur les conventions internationales de transport : « L'acte est régi par la loi du lieu où il a été passé, quant à sa *forme*, à ses *conditions fondamentales* et à son *mode de preuve* (1). » C'est une interprétation très extensive de l'adage *Locus regit actum*. Cette maxime a de tout temps donné lieu à des difficultés, et l'on peut dire à des malentendus, car on l'appliquait à un ordre d'idées pour lequel elle n'a point de raison d'être. On conçoit que les formes d'un acte, c'est-à-dire d'un écrit, soient soumises à la loi du lieu où l'écrit est dressé, puisque le plus souvent il n'y a pas d'autres formes possibles, et les formes proprement dites, que l'on appelle extrinsèques ou instrumentaires, varient d'ailleurs d'un pays à l'autre d'après les exigences de l'état social ; c'est dans ce sens restreint que le code Napoléon applique la *loi du lieu*. La cour de cassation l'étend aux *conditions fondamentales* du contrat, car, dans l'espèce qu'elle a eu à juger, il s'agissait d'une convention de transport : on demandait si la clause d'irresponsabilité stipulée par le voiturier en pays étranger liait le voyageur français. Il n'est plus question ni d'acte ni de forme dans ce cas, et la convention ne dépend même pas d'une loi quelconque, pas plus de la loi étrangère que de la loi française. La Compagnie qui l'avait stipulée invoquait, non pas la loi du lieu où la convention était intervenue, Hong-Kong, possession anglaise ; elle invoquait le bulletin qu'elle remet aux voyageurs et aux expéditeurs, bulletin qui contient les conditions auxquelles le voiturier consent à faire le transport, et que le voyageur ou l'expéditeur est censé accepter. Ainsi la convention de transport se fait, comme tout contrat, par voie de concours de consentement, et non en vertu de la loi et conformément à la loi. Aussi, dans tout le cours des débats, n'a-t-il pas été ques-

(1) Cassation, 23 février 1861 (Sirey, 1864, 1, 385).

tion d'une loi de Hong-Kong, il est presque ridicule de l supposer. La cour de cassation, en appliquant l'adag *Locus regit actum* aux conditions fondamentales des cor trats, confondait deux matières essentiellement différente le statut des formes et l'autonomie : les formes locales sor régies par la *loi du lieu*, tandis que les conventions dé pendent de la volonté des parties.

La cour de cassation ajoute que la *loi du lieu* règl encore la *preuve*. J'ai enseigné ici-même qu'il faut suivr la loi du lieu où le contrat se forme ; mais en quel sens Les preuves sont régies par une loi proprement dite c'est le législateur qui détermine les formes, ce n'est pa la volonté des contractants ; cependant ce n'est pas à titr de loi impérative que l'on applique la *loi du lieu*, c'es parce que les parties ont entendu traiter sous cette cor dition tacite que si des difficultés s'élevaient entre elles elles seraient décidées conformément aux preuves qui sor en usage là où le contrat se passe ; il en résulte pour elle un droit, et ce droit doit être respecté partout.

L'arrêt que la cour a cassé posait un autre principe On lit, dans le jugement du tribunal de commerce de Mar seille que la cour d'Aix a confirmé avec adoption des mo tifs : « Attendu que la compagnie excipe de la claus portée sur les bulletins qu'elle délivre aux passager clause d'après laquelle elle ne répond pas des avaries de la perte des bagages ; attendu que cette clause do être appréciée d'après le *droit français* ; que si, en effe c'est en pays étranger que la Compagnie a contracté de obligations envers un passager français pour le transpo de ses effets, c'est à Marseille, lieu de destination d voyage, que les accords faits avec un Français devaier recevoir leur *exécution*, tandis que les contrats ne sor soumis dans leurs formes qu'à la loi du lieu où ils ont ét passés. » C'est à raison de cette décision que l'arrêt d la cour d'Aix a été cassé. Je transcris l'arrêt de la cou suprême : « Attendu que l'arrêt attaqué, en apprécian selon la loi française la *preuve* produite par la Compa gnie à l'effet de se prétendre exonérée du dommage résu tant pour le passager de la perte de ses bagages, et e

refusant ainsi d'examiner le litige au point de vue du *statut anglais*, a *expressément violé* l'article 1134 du code Napoléon. » Cette décision me laisse bien des doutes.

Je crois que la cour d'Aix a mal jugé. Il ne s'agissait, dans l'espèce, ni d'une *loi* anglaise, ni d'une *loi* française : il s'agissait de savoir quelle convention était intervenue entre les parties. La Compagnie prétendait que la convention de transport contenait une clause d'irresponsabilité en cas d'avarie ou de pertes; elle invoquait le bulletin qui contient, en effet, cette clause. Restait à savoir si le passager français l'avait acceptée. Car les conventions ne se font pas par voie de loi, elles se font par concours de consentement. Puis, en supposant qu'il y eût une convention d'irresponsabilité, il fallait examiner si elle est valable ou quelle en est la portée. Je vais revenir sur ces points. La cour d'Aix, en décidant, en termes absolus, que la loi française devait être appliquée à une convention faite en pays étranger, s'était trompée. Mais avait-elle violé expressément l'article 1134, comme le dit l'arrêt de cassation?

L'article 1134 ne décide pas la difficulté; il dit que les conventions tiennent lieu de loi, il ne dit pas où se forme la convention, si c'est au lieu où les parties traitent, ou au lieu où leurs conventions s'exécutent. En tout cas, l'article 1134 est étranger au droit civil international; peut-on dire que la cour d'Aix ait violé un article qui ne prévoit pas même la difficulté qu'il doit avoir décidée? Peut-on dire qu'elle a refusé d'examiner le litige d'après le *statut anglais*, alors qu'il n'y a point de *statut* anglais, et que la question ne dépend d'*aucun statut,* mais de la volonté des parties contractantes?

173. La cour de cassation a fait l'application de ces principes dans l'espèce suivante. Des contrats de transport furent conclus à Montigny et à Couillet, en Belgique, entre la société des charbonnages du Grand-Mambourg et la société des Houillères-unies du bassin de Charleroi, d'une part, et d'autre part, la société du Grand Central belge, pour des expéditions de houille à faire par les soins de cette dernière compagnie à l'adresse des sieurs Camion

frères, de Vrigne-aux-Bois (Ardennes), destinataires désignés auxdits contrats. Ceux-ci formèrent une action en responsabilité contre la Compagnie des chemins de fer de l'Est, substituée à la Compagnie du Grand Central, à raison de manquants constatés dans le poids des marchandises expédiées. Les défendeurs excipèrent d'un arrêté royal belge du 27 juin 1874, portant que pour les expéditions de la nature de celles dont il s'agissait dans la cause, les transporteurs n'ont pas à répondre du poids, si les wagons arrivent à leur destination avec leur chaulage intact. Le tribunal de commerce de Sedan, sans contester le fait affirmé par la compagnie défenderesse que les wagons employés aux transports litigieux étaient arrivés à destination avec leur chaulage intact, repoussa l'exception tirée de l'arrêté belge de 1874, par l'unique motif que cet arrêté n'était pas applicable en France et qu'une loi étrangère ne pouvait nuire aux nationaux français. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de cassation, fondé sur ce que le jugement attaqué avait formellement violé l'article 1134 du code civil (1).

L'article 1134 porte que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. D'après quelle loi faut-il juger si une convention est légalement formée? La cour de cassation répond que « le contrat de transport formé, en pays étranger, entre un expéditeur étranger et une compagnie de chemin de fer étrangère, pour l'envoi en France de marchandises à expédier du pays où le contrat a été formé, est soumis aux lois et règlements qui régissent en ce pays les contrats de cette nature ». C'est l'application du principe que je viens de discuter (n° 172). Le jugement rendu par le tribunal de Sedan était, à tous égards, contraire aux principes. D'abord, en statuant qu'un arrêté royal belge n'était pas applicable en France : c'est nier les règles qui régissent les conventions internationales. Il est de principe que les conventions valables dans les pays où elles sont contractées sont valables partout; et pour décider si une con-

(1) Cassation, 4 juin 1878 (Sirey, 1880, 1, 428).

vention est valable, il faut voir si elle est conforme aux lois du pays où elle a été formée. Or, la loi belge qui régit les conventions, en général, n'est autre que le code civil français, lequel régit toujours la Belgique. Quant à l'arrêté royal du 27 juin 1874, c'est un règlement qui détermine les conditions auxquelles se font les transports par chemin de fer; ces conditions sont proposées par la compagnie, ou par l'Etat, en Belgique, et acceptées par les expéditeurs; le contrat de transport se fait par un concours de consentement qui intervient entre les parties. En définitive, il ne s'agissait pas d'appliquer une loi étrangère, il s'agissait d'exécuter une convention librement arrêtée. En ce sens, la convention de transport était légalement formée en Belgique, comme elle se forme légalement en France; partant, il y avait une loi d'intérêt privé qui, d'après l'article 1134, oblige les contractants ainsi que les tribunaux chargés de maintenir les conventions, en leur donnant l'appui de l'autorité publique. Le tribunal de Sedan avait donc violé l'article 1134, comme le dit la cour de cassation. Et en supposant que l'arrêté de 1874 fût une loi, le tribunal aurait encore dû l'appliquer, parce qu'il est de principe que les parties qui ne manifestent pas une volonté contraire sont régies par la loi du pays où la convention se forme, donc, dans l'espèce, par la loi belge, sans qu'il y ait à considérer si cette loi est ou non en harmonie avec les intérêts français. J'ai combattu, dans tout le cours de ces Etudes, la doctrine de l'intérêt français, que l'on oppose à une loi étrangère dont l'application est demandée en France; on voit ici à quoi elle aboutit, à rompre une convention librement formée, par la seule raison que cette convention paraît désavantageuse à un destinataire français. Les tribunaux ont pour mission de donner force au droit, et le droit domine l'intérêt.

Il n'y a qu'un cas dans lequel les conventions et les lois étrangères perdent leur force en France, c'est quand elles sont en opposition avec une loi territoriale qui intéresse l'ordre public. La seule chose que le tribunal de Sedan avait à examiner était donc de savoir si la convention formée, en Belgique, sur les bases de l'arrêté

de 1874, était contraire à l'ordre public français. Le premier juge n'avait pas même abordé cette question; la cour de cassation la décide, en termes généraux d'abord, en disant que les lois et règlements étrangers, lorsqu'ils n'ont rien de contraire à la *loi française* et à *l'ordre public reconnu en France*, sont opposables au destinataire français désigné par le contrat passé en pays étranger, et agissant en vertu de ce contrat et de la stipulation faite pour lui par l'expéditeur. Je reviendrai sur cette formule, qui me paraît trop vague. Après avoir posé le principe, la cour de cassation l'applique à la clause que le tribunal de Sedan avait déclarée contraire à l'intérêt des nationaux français. Cette clause blessait-elle l'ordre public ou ce que j'appelle les droits de la société? La cour répond « que la disposition a pour objet, non d'exonérer la compagnie du chemin de fer de la responsabilité qui lui incombe, mais uniquement de régler les conditions de cette responsabilité, sans méconnaître d'ailleurs le droit du destinataire de prouver l'existence d'une faute imputable à la Compagnie. La cour en conclut que ladite clause n'est nullement en opposition avec les principes d'ordre public reçus en France ?

174. La décision de la cour de cassation soulève des questions très difficiles. Je vais les reprendre pour les examiner en détail. Quelle est l'autorité des règlements ou arrêtés royaux qui déterminent les conditions auxquelles se fait le transport des hommes et des choses par chemin de fer ou par d'autres voies de communication? J'ai dit que ces règlements tiennent lieu de conventions; telle est la jurisprudence des cours de Belgique. Il a été jugé que les règlements énoncent simplement les conditions d'un contrat, contrat qui ne devient parfait que par l'acceptation de ceux qui traitent avec l'administration des chemins de fer pour le transport des personnes et des marchandises. Ces conditions ne sont pas des lois que le pouvoir législatif impose aux citoyens; ce sont des clauses contractuelles qui régissent les conventions des expéditeurs avec l'administration. Il ne faut pas confondre ces règlements avec les arrêtés que le roi prend comme chef du pouvoir

xécutif, par exemple pour la police des chemins de fer. Quand le roi prend un arrêté de police, il commande, et les citoyens doivent obéir à l'arrêté royal comme ils obéissent à la loi. Il n'en est pas ainsi des règlements que le roi fait pour l'exploitation du chemin de fer; il n'a rien à commander, car les particuliers sont libres d'avoir recours u chemin de fer, ou de transporter leurs marchandises ar une autre voie. « Dans l'organisation des chemins de er que l'Etat exploite, dit la cour de cassation de Belgique, e service des transports, loin d'appartenir par essence à exercice du pouvoir exécutif, n'a pour objet que des opéations identiques à celles qui se font sur les routes ordiaires par des entrepreneurs de voitures publiques (1). »

La question ne s'est pas présentée dans ces termes levant les cours de France; mais au fond elles appliquent e même principe. A la date du 28 mai 1873, la Compagnie du chemin de fer d'Alsace-Lorraine reçut en gare de Fontoy, station allemande, quatre colis contenant des leurs artificielles, à destination de Nancy; les colis, par a faute des agents de la Compagnie, restèrent en souffrance et ne furent délivrés au destinataire qu'après un retard de plus de trois mois. La Compagnie se reconnut responsable du retard, mais elle prétendit limiter sa responsabilité à l'abandon du prix du transport, soit une somme de 23 fr. 75 c.; telle est, en effet, la clause de son règlement, homologué et promulgué par le gouvernement allemand. Les premiers juges repoussèrent cette défense en se fondant sur ce que le mode de réglementation invoqué par la Compagnie n'était pas en vigueur en France et ne saurait être opposé au destinataire. Cette décision a été réformée en appel. La cour de Paris dit que l'expéditeur traitant directement avec la Compagnie d'Alsace-Lorraine, sur le territoire allemand, pour le transport de ses marchandises de Fontoy à Nancy, s'est *volontairement soumis* aux règlements de ladite Compagnie, lesquels sont devenus, dès lors, la *loi des parties* (2).

(1) Rejet, 4 février 1870 et 7 mai 1869 (*Pasicrisie*, 1870, 1, 199; et 1869, 1, 330). Comparez mes *Principes de droit civil*, t. XXV, p. 598, nº 536).

(2) Paris, 4 décembre 1877 (Sirey, 1878, 2, 184).

On a fait, en appel, une objection spécieuse, c'est que l'indemnité de 23 francs 75 centimes, pour un préjudice que le tribunal de première instance évaluait à 500 francs, était dérisoire, et équivalait à la non-responsabilité, malgré la faute constatée et avouée de la Compagnie : ce qui est contraire à l'ordre public, personne ne pouvant stipuler qu'il ne répondra pas de sa faute. La cour de Paris répond à l'objection, et je crois que la réponse est péremptoire. Aux termes de l'article 25 du règlement, la responsabilité de la Compagnie est restreinte à la moitié du prix du transport, quand le retard ne dépasse pas vingt-quatre heures, et au prix total du transport, quand le retard dépasse vingt-quatre heures; mais le règlement accorde à l'expéditeur une indemnité complète s'il déclare la somme à laquelle il estime l'intérêt qu'il a à ce que la livraison soit faite dans le délai réglementaire, et en consignant cette déclaration dans la colonne à ce destinée sur la lettre de voiture; dans ce cas, il doit payer une taxe supplémentaire à raison de cette garantie. Une telle clause, dit la cour de Paris, n'a pas pour effet d'exonérer la Compagnie de la responsabilité qui lui incombe; elle détermine, au contraire, avec équité, les droits de l'expéditeur et les obligations de la Compagnie. Rien n'est plus difficile à évaluer que le montant des dommages-intérêts qui sont dus en cas de retard; qui peut mieux les évaluer que l'expéditeur, d'accord avec le destinataire? Le règlement d'Alsace-Lorraine lui permet d'évaluer lui-même le préjudice, la Compagnie accepte cette évaluation quelque exagérée qu'elle puisse être; mais, de son côté, elle perçoit un supplément de taxe, espèce d'assurance contre le risque qu'elle court de payer une indemnité excessive. La cour conclut que la clause, ainsi formulée, n'est en rien contraire aux principes d'ordre public consacrés par la loi française. L'expéditeur n'ayant pas usé de la faculté que lui réservait le règlement se contentait par cela même d'une moindre indemnité. Telle était la loi des parties en vertu de conventions librement formées. C'était le cas d'appliquer l'article 1134. Les lois étrangères étaient hors de cause.

175. L'ordre public joue un grand rôle dans tous ces débats. Qu'est-ce que l'ordre public et quand peut-on dire qu'une convention passée à l'étranger est contraire à l'ordre public français? Ce sont des questions d'une difficulté extrême. Je les ai examinées dans le cours de ces Etudes. Il me reste à constater la jurisprudence française dans son application au contrat de transport. La difficulté s'élève d'ordinaire sur l'étendue de la responsabilité du voiturier. Il y a un principe universellement admis, c'est que le voiturier ne peut stipuler en termes généraux qu'il ne répondra pas des objets dont il effectue le transport; une pareille convention serait contraire aux bonnes mœurs, puisqu'elle permettrait de commettre impunément les fautes les plus lourdes; on ne stipule pas que l'on ne répondra pas de sa faute. Cela est élémentaire (1).

Ce principe s'applique au transport international aussi bien qu'à celui qui se fait dans l'intérieur de la France : il n'y a aucune raison de distinguer. S'il se trouvait dans un règlement étranger ou dans une convention faite en pays étranger une clause d'irresponsabilité absolue, on ne pourrait pas s'en prévaloir en France; un tribunal français ne peut jamais donner une force quelconque à un contrat contraire aux bonnes mœurs, et par cela même à l'ordre public. Les sociétés humaines sont fondées sur un lien moral, elles ruineraient le fondement sur lequel elles reposent si elles donnaient leur appui à des conventions qui blessent les bonnes mœurs. Ce principe est évident, mais l'application soulève de nombreuses difficultés; nous en avons déjà rencontré plusieurs (n°s 172 et 173). Voici une espèce dans laquelle la question a été décidée par un arrêt de principe.

Une dame s'embarque à Londres pour Boulogne, sur un paquebot de la Compagnie générale. Il résultait des documents de la cause la preuve que la dame avait déposé sur le paquebot deux colis bagage de la valeur de 300 francs. A l'arrivée à Boulogne, on ne retrouve qu'un seul des paquets. Demande contre la Compagnie d'une

(1) Cassation, 26 mars 1860 (Sirey, 1860, 1, 899). et la note de l'arrêtiste sur l'arrêt que je vais rapporter (Sirey, 1873, 1, 105).

somme de 300 francs pour le colis perdu. La Compagnie répond qu'elle n'est pas responsable de la perte des bagages, une mention insérée dans le bulletin des passagers la déchargeant de toute responsabilité. Cette convention intervenue entre le voiturier et le voyageur est valable en Angleterre, et c'est par la loi du lieu du contrat que doit être décidée la question de responsabilité. Le tribunal de Boulogne se prononça contre la Compagnie. En supposant même, dit-il, qu'en Angleterre le voiturier soit déchargé de toute responsabilité, une pareille clause ne pourrait avoir aucun effet en France, parce qu'elle est contraire aux principes d'ordre public qui régissent les rapports du voyageur avec les Compagnies de transports.

Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de cassation. La cour dit que le bulletin de passage ne faisait que constater les clauses du contrat qui intervenait entre les parties; une de ces clauses concernait la non-responsabilité de la Compagnie en cas de perte; le premier juge avait refusé d'en faire l'application, sous le *prétexte,* dit la cour, que cette clause serait contraire à l'ordre public. L'ordre public est une expression si vague que l'on en fait à peu près tout ce que l'on veut. Mais la cour donne d'excellentes raisons à l'appui de sa décision. Elle admet le principe universellement reconnu que l'ordre public ne permet pas au voiturier de stipuler qu'il demeurera affranchi de toute responsabilité, même de celle résultant d'une *faute lourde* et d'un *fait délictueux.* Je m'arrête un instant à la formule du principe : pourquoi la cour parle-t-elle de faute *lourde?* Le code civil ne connaît plus cette expression, ni la distinction des fautes, il déclare responsable le débiteur qui ne met pas à l'exécution de ses obligations les soins qu'un bon père de famille apporte à la gestion de ses affaires, faute que l'on qualifie de *légère* dans le langage traditionnel; et, en principe, tout débiteur, dans les obligations conventionnelles, est tenu de cette faute. Bien moins encore la cour aurait-elle dû parler de faits *délictueux;* il ne s'agissait pas, dans l'espèce d'un délit civil, le transport est une convention, et, dans les conventions, on n'applique pas la responsabilité établie pour les délits

et les quasi-délits par les articles 1382 et 1383. Le principe doit donc être formulé comme suit : le voiturier ne peut pas stipuler qu'il ne répondra pas de ses fautes, ni de celles de ses agents. Mais telle n'est pas la clause, dit la cour, par laquelle une compagnie avertit les voyageurs qu'elle ne sera responsable, en cas de *simple perte* de bagages, que de ceux qui auront été enregistrés sur le manifeste du navire, et pour lesquels le voyageur aura acquitté le prix du port comme marchandises. Ce n'est pas là une clause d'irresponsabilité absolue; le voyageur doit veiller lui-même à la garde de ses effets, ou charger la Compagnie de ce soin, en lui payant un prix de transport déterminé à l'avance. Ainsi la Compagnie accepte la responsabilité qui lui incombe, mais à condition qu'elle sache ce qu'elle doit transporter, et que le passager lui paye le prix du transport. La clause ainsi interprétée n'a rien de contraire à l'ordre public (1). Et spécialement la convention ne blessait pas l'ordre public français; car en France on admet généralement que les voituriers ne répondent pas de la perte des bagages non enregistrés, à moins que le voyageur ne prouve qu'ils ont été perdus ou détruits par la faute du voiturier ou de ses agents. Il est donc entendu que, malgré la clause de non-responsabilité, le voiturier répond de sa faute.

176. Quand y a-t-il clause d'irresponsabilité? Il résulte des décisions que je viens de rapporter qu'il n'y a pas clause de non-responsabilité quand les compagnies stipulent seulement les conditions sous lesquelles elles entendent répondre de la perte; ces conditions ne mettent pas le passager ou l'expéditeur à la merci des compagnies, de leur négligence, et bien moins encore de leur mauvaise foi; elles donnent, au contraire, à la partie intéressée le moyen de s'assurer une garantie complète, en se soumettant aux conditions proposées par le voiturier, conditions dont le but est de concilier les intérêts des deux parties contractantes.

Le règlement du chemin de fer d'Alsace-Lorraine porte

(1) Cassation, 5 février 1873 (Sirey, 1873, 1, 105), et la note de l'arrêtiste.

que pour les transports en wagons découverts, l'administration ne fournira pas de bâches. Si l'expéditeur n'en fournit point, et que, par suite, la marchandise transportée se trouve avariée par la pluie, la Compagnie sera-t-elle responsable? Le tribunal de Villefranche avait condamné la compagnie, par application du principe que le voiturier répond de la perte, et qu'il serait contraire à l'ordre public de l'affranchir de toute responsabilité. Sur le pourvoi, le jugement a été cassé. La cour dit que la clause par laquelle une compagnie stipule qu'elle sera affranchie de toute responsabilité serait contraire à l'ordre public, en ce qu'elle impliquerait l'exonération pour la Compagnie de ses fautes personnelles et de celles de ses agents; une clause pareille, ajoute l'arrêt, ne saurait être respectée, alors même qu'elle serait autorisée par la législation du pays où la convention a été passée. Mais il en est autrement lorsque, comme dans l'espèce, il n'y a pas de clause absolue de non-garantie, mais une convention spéciale d'un mode de transport choisi ou accepté par l'expéditeur. En effet, le règlement d'Alsace-Lorraine charge les expéditeurs de fournir les bâches qui doivent protéger leurs marchandises contre les avaries auxquelles sont exposés des transports par wagons découverts; c'est dire que, si l'expéditeur néglige de couvrir les wagons, la Compagnie ne saurait répondre d'une négligence qui est imputable, non à elle, mais à l'expéditeur. De ce que la Compagnie ne répond pas des avaries occasionnées par la pluie, on ne doit pas induire que la Compagnie ne répond d'aucune autre avarie ou perte; elle reste responsable, d'après le droit commun, de ses fautes et des fautes de ses agents. Donc il n'y a pas clause de non-responsabilité, ni, par suite, d'atteinte à l'ordre public (1).

177. Il reste une question, et c'est la plus difficile. Quelle est la valeur des clauses de non-responsabilité? La question s'est présentée en Belgique et en France. Je vais d'abord rendre compte de la jurisprudence belge. Le

(1) Cassation, 31 mars 1874 (Sirey, 1874, 1, 385). Il y a un arrêt antérieur du 16 février 1870 qui paraît contraire, mais la décision s'explique par la diversité des circonstances (Voyez la note sur l'arrêt de 1874, p. 385).

tarif réglementaire prévoit plusieurs cas dans lesquels l'Etat décline *toute responsabilité* en ce qui concerne les avaries. Il est dit dans l'article 73 que les animaux vivants, les comestibles, les produits chimiques, les objets d'art, et notamment les tableaux, sont transportés *sans garantie aucune* de la part de l'administration. Le tribunal de Verviers déclara l'Etat responsable, malgré cette clause, en vertu de l'article 1784 du code civil, lequel est ainsi conçu : « Les voituriers sont responsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues et avariées par cas fortuit et force majeure. » Le tribunal admet que la responsabilité de l'Etat peut être restreinte par la convention des parties intéressées; mais, dit-il, elle ne saurait être complètement anéantie, parce qu'il n'est pas permis de s'affranchir des conséquences de sa faute. Le principe est incontestable, mais le tribunal en faisait une fausse application, car il condamna l'Etat sans constater qu'il y eût aucune faute à sa charge; c'était lui appliquer le droit commun de l'article 1784, sans tenir aucun compte de la clause de non-responsabilité, ce qui implique que cette clause est absolument nulle. Ici est le siége de la difficulté. Pour la résoudre, il faut d'abord voir quel est le droit commun. D'après l'article 1784, le voiturier est responsable sans que l'expéditeur doive prouver qu'il est en faute; le voiturier ne peut se décharger de cette responsabilité que s'il prouve que l'avarie a été occasionnée par un cas fortuit. La clause d'irresponsabilité, dit l'Etat, dans l'espèce, déroge au droit commun sans anéantir la responsabilité du voiturier. L'Etat convient qu'il répond de ses fautes, mais il stipule que l'expéditeur doit prouver la faute qu'il allègue; cette dérogation n'a rien de contraire aux bonnes mœurs.

La cour de cassation de Belgique a admis cette interprétation de la clause d'irresponsabilité. Cette clause, dit-elle, n'a d'autre effet que d'affranchir l'Etat, en cas d'avarie ou de perte, de la présomption de faute établie par l'article 1784 à charge du voiturier, et de *placer les parties sous l'empire du droit commun*, en obligeant l'ex-

péditeur de prouver la faute du voiturier. Cette dernière partie de l'arrêt donne lieu à un doute, et c'est ici qu'est vraiment le nœud de la difficulté. Est-il vrai de dire que la clause qui met la preuve de la faute à la charge de l'expéditeur est un retour au droit commun? D'après le droit commun, le voiturier doit livrer la chose au destinataire; s'il ne la lui livre pas ou s'il la lui livre avariée, il ne remplit pas son obligation; il doit donc prouver qu'il en a été empêché par un cas fortuit, et c'est à lui de prouver le cas fortuit qu'il allègue. Telle est la disposition de l'article 1302, dont l'article 1784 n'est qu'une application. La clause d'irresponsabilité déroge à ces principes, donc au droit commun, mais cette dérogation est valable, puisqu'elle n'a rien de contraire à l'ordre public ni aux bonnes mœurs (1). La cour de cassation a confondu la faute contractuelle avec la faute aquilienne. Quand il s'agit d'un délit ou d'un quasi-délit, il est vrai de dire que celui qui réclame des dommages-intérêts doit prouver la faute, car c'est là le fondement de son action. Mais le principe n'est pas applicable au contrat de transport; le destinataire demande qu'on lui livre sa chose et qu'on la lui luivre non avariée; c'est là l'obligation du voiturier; s'il ne la remplit pas, il doit être condamné, à moins qu'il ne prouve que la chose a péri ou a été avariée par un cas fortuit; cette exception le constitue demandeur, et il doit prouver le fondement de sa demande.

178. Le tarif de la Compagnie de Paris-Lyon à la Méditerranée porte que ladite Compagnie ne répond pas de la perte ou de l'avarie des cabas, sacs vides et autres emballages transportés au retour en franchise. Deux ballots de sacs vides remis à la Compagnie avaient été perdus en route. Le premier juge déclara la Compagnie responsable, malgré la clause que je viens de rapporter. Sa décision a été cassée. La cour reconnaît que ladite clause n'a pas pour effet d'affranchir la Compagnie de toute responsabilité pour les fautes commises par elle ou par ses agents; mais, dit la cour, elle a pour résultat, contraire-

(1) Cassation, 29 novembre 1874 (*Pasicrisie*, 1875, 1, 19).

ment aux règles ordinaires, de mettre la preuve des fautes à charge de l'expéditeur. La cour applique ce principe à l'espèce et constate que la preuve de la faute n'a pas été faite ni même offerte, d'où résultait que le jugement avait violé le tarif (1).

La cour ne motive pas l'interprétation qu'elle donne à la clause d'irresponsabilité. Dans un arrêt postérieur, la chambre des requêtes s'est rangée à l'avis de la chambre civile en développant les motifs de sa décision. Le premier juge avait décidé que la clause d'irresponsabilité ne dégageait pas la Compagnie de la responsabilité des fautes commises par elle ou par ses agents. Cette distinction, dit la cour, entre l'*irresponsabilité* à raison de la *perte* ou de l'*avarie,* et la *responsabilité* de la *faute,* est exacte. En effet, tout en affranchissant la Compagnie de l'obligation de répondre de la perte ou de l'avarie des colis transportés dans les conditions spéciales du tarif n° 71, le règlement ne va pas jusqu'à affranchir la Compagnie de la responsabilité des *actes plus ou moins délictueux* commis par elle ou par ses agents, en les soustrayant à l'application des articles 1382 et 1383. La faute dont la Compagnie répond, dans ce système, est donc la faute dite aquilienne, commise par voie de délit ou de quasi-délit; ce n'est pas la faute contractuelle. Cela est décisif au point de vue de la preuve; celui qui allègue un fait dommageable doit prouver une faute commise par l'auteur du fait, car la faute est un des éléments constitutifs du délit et du quasi-délit. De là la conséquence que, dans l'espèce, l'expéditeur aurait dû prouver une faute à la charge de la Compagnie; tant que cette preuve n'était pas faite, la Compagnie ne pouvait être déclarée responsable, puisqu'elle était à couvert de toute responsabilité dérivant du contrat par la clause de son tarif réglementaire. Or, le jugement constatait que la perte était arrivée par la faute de la Compagnie; dès lors, il devait la condamner en vertu des articles 1382 et 1383 (2).

179. L'annotateur du Recueil Sirey a critiqué, dans

(1) Cassation, 4 février 1874 (Sirey, 1874, 1, 273).
(2) Rejet, 22 avril 1874 (Sirey, 1874, 2, 385).

une excellente note, l'arrêt de cassation de la chambre civile. Je vais exposer les éléments du débat, puis j'essayerai de l'apprécier.

L'auteur pose en principe qu'une clause de non-responsabilité est nulle en ce sens qu'elle ne produit aucun effet. Cela est admis universellement : on ne peut stipuler que l'on ne répondra pas de ses fautes. Par application de ce principe, les tribunaux ont toujours décidé que les clauses de non-responsabilité sont nulles dans les contrats de transport. Peut-on, après avoir décidé que la clause est nulle, lui reconnaître un effet quelconque quant à la preuve? c'est-à-dire l'annuler en tant qu'elle aurait pour effet de libérer les voituriers de toute responsabilité, et la maintenir en ce sens qu'elle met la preuve de la faute à la charge des expéditeurs ou des destinataires? Une clause qui déchargerait la Compagnie de la preuve des cas fortuits, en mettant la preuve à charge de l'autre partie, serait parfaitement valable. Mais ce n'est pas là l'objet de la clause d'irresponsabilité; elle concerne, non la preuve, mais le fond; elle tend à exonérer le voiturier de toute responsabilité; ainsi entendue, elle est contraire aux bonnes mœurs, donc nulle.

Il y a une objection contre cette théorie de la nullité absolue; elle suppose que le but de la clause est réellement de décharger le voiturier de toute responsabilité, alors même qu'il serait en faute. Mais la clause d'irresponsabilité ne parle pas des fautes, elle ne dit point que le voiturier est exonéré de ses fautes; elle dit seulement qu'il ne répond pas de la perte et de l'avarie que l'article 1784 met à sa charge, en présumant qu'il est en faute; cette présomption est écartée par la clause; elle dit que le voiturier n'est pas présumé en faute; mais la preuve contraire à cette présomption est admise, partant l'expéditeur doit être admis à prouver la faute du voiturier.

On objecte que les termes absolus de la clause ne permettent pas cette interprétation; le but des parties est, dit-on, de décharger le voiturier de toute responsabilité. Je réponds qu'on ne peut pas supposer cette intention

aux parties contractantes. Conçoit-on qu'un voiturier propose aux expéditeurs la convention suivante : « Je m'engage à transporter vos marchandises, mais sans y mettre aucun soin, et, alors même que je me rendrais coupable de la faute la plus lourde, équivalente au dol, j'entends n'être pas responsable. » Je suppose qu'une compagnie ose tenir un pareil langage, trouverait-elle des expéditeurs qui y donneraient leur assentiment? Il y a une interprétation bien plus naturelle, c'est que le voiturier veut se décharger de la responsabilité que l'article 1784 lui impose, celle de répondre de la perte et de l'avarie sans que l'expéditeur ait à prouver que le voiturier est en faute. La compagnie dit à l'expéditeur : « Je veux répondre de mes fautes, mais à condition que vous prouviez que j'ai commis une faute; il est contraire à l'équité et à toute probabilité de présumer que je suis en faute, alors que mon intérêt est de mettre les plus grands soins dans l'exécution de mes obligations. Prouvez que j'ai manqué à cet engagement et je me déclare responsable. » L'expéditeur peut se contenter d'une responsabilité ainsi définie et limitée. Il prend sur lui la difficulté de la preuve, tandis que, dans l'opinion contraire, la preuve incombe toujours à la compagnie; on présume qu'elle est en faute : il faut avouer que si la présomption est fondée en droit, elle est dure en fait et peu probable.

Je me rallie à la jurisprudence des deux cours de cassation. J'ai critiqué l'arrêt de la cour de cassation de France pour la forme plutôt que pour le fond. Quant au fond, je crois que la jurisprudence belge est plus conforme aux principes que la jurisprudence française. Celle-ci se fonde sur le caractère de la faute commise par le voiturier, pour en induire que la preuve incombe à l'expéditeur; elle implique que la faute constitue un délit ou un quasi-délit, et décide en conséquence que c'est toujours au demandeur de prouver l'existence de la faute. Or, les articles 1382 et 1383 supposent qu'il n'y a pas de conventions. Quand il y a une convention, la faute que le débiteur commet est une faute conventionnelle, qui est régie par l'article 1137. Toutes ces difficultés disparaîtraient si les conventions ou tarifs

réglementaires étaient rédigés avec plus d'exactitude; il n'y aurait jamais eu de doute ni de contestation si le tarif portait que, dans tel cas qu'il prévoit, la compagnie cesse d'être tenue de l'obligation établie par l'article 1784, sauf à l'expéditeur à prouver que la compagnie est en faute.

J'ai encore une remarque à faire sur l'arrêt de cassation de 1874. On y lit que les compagnies peuvent stipuler la non-responsabilité avec l'assentiment de l'administration supérieure. S'il en est ainsi, l'annotateur du *Recueil Sirey* a raison de dire que la clause est valable, c'est-à-dire que dans aucun cas, et y eût-il faute, les compagnies ne sont responsables. Cela est inadmissible, et telle n'est certes pas la pensée de la cour. Le législateur pourrait, à la rigueur, déclarer que dans les cas qu'il prévoit les compagnies cesseront d'être responsables sans que l'expéditeur soit admis à prouver leur faute; mais nos règlements ne contiennent pas de clause pareille, et je doute que le gouvernement approuve jamais une clause qui permettrait au voiturier de commettre impunément des fautes. La cour a voulu dire sans doute que les parties peuvent faire une convention par laquelle le voiturier serait déchargé de la preuve du cas fortuit. Cela est certain, mais, sous ce rapport, il n'y a aucune différence entre les compagnies et les voituriers ordinaires. La cour a donc tort de faire une différence entre eux. Peu importerait aussi que la clause d'irresponsabilité fût homologuée par l'administration; le gouvernement ne peut pas valider une convention contraire aux bonnes mœurs. Si la clause de non-responsabilité se trouvait dans une convention faite en pays étranger, elle n'aurait aucun effet en France, quand même elle serait approuvée par une loi, car les lois étrangères ne peuvent pas être invoquées en France quand elles sont contraires à l'ordre public français, et telle serait bien une disposition qui affranchirait les compagnies de la responsabilité de leurs fautes.

SECTION III. — Des sociétés.

180. Dans le cours de ces Etudes, j'ai traité longue-

ment des personnes dites civiles et des effets que l'incorporation ou la personnification produit dans les pays étrangers. Pour le moment, je laisse ces difficultés de côté, il s'agit de savoir si les sociétés constituées valablement en pays étranger sont régies par les lois du pays où elles ont été formées, ou par les lois du pays où elles exercent leurs droits et auxquelles appartiennent les associés, ou les tiers qui traitent avec la société. La question s'est présentée en ces termes devant la cour de Paris. Il s'agissait de la société du câble transatlantique français, constituée en Angleterre. L'un des associés français soutenait que la société était contraire aux lois françaises et nulle à ce titre. La cour constate d'abord que la société a été régulièrement constituée suivant la loi anglaise, que son capital social a été intégralement souscrit et qu'elle est autorisée à atterrir son câble en Amérique. Donc elle était valable en Angleterre; or, il est de l'essence des conventions d'étendre leur effet partout. C'est une conséquence de l'autonomie des parties contractantes; la volonté de l'homme n'est pas limitée par les bornes des territoires; elle a le droit de se manifester partout, et partout ce qu'elle veut tient lieu de loi à ceux qui contractent. Il n'y a d'exception à ce principe que si dans un pays étranger il y a des dispositions d'ordre public ou prohibitives qui s'opposent à ce que les conventions, aussi bien que les lois étrangères, y reçoivent leur effet. Dans l'espèce, on opposait d'abord que certains articles des statuts anglais n'étaient pas d'accord avec les prescriptions de la loi commerciale française. La cour répond que cela est indifférent, puisque les actionnaires les ont volontairement acceptés; ils formaient donc loi à leur égard; et l'on ne citait aucun principe d'ordre public qui fût en opposition avec les statuts de la compagnie du câble transatlantique.

L'actionnaire français invoquait le décret des 17-21 mai 1862, aux termes duquel les sociétés anglaises qui veulent être reconnues en France sont tenues de se conformer aux lois de l'Etat français. Cela veut-il dire qu'elles doivent observer en tout les dispositions de la législation territo-

riale concernant les sociétés? Ainsi entendu, le décret serait absurde, car aucune société anglaise ne serait possible en France, comme elle serait impossible partout, tant sont différentes, d'un pays à l'autre, les lois qui régissent les sociétés. Il faut interpréter le décret de manière à le mettre en harmonie avec les principes du droit civil international. Toutes les conventions étrangères, et, par conséquent, les sociétés, sont valables en France quand elles sont valables en vertu de la loi du pays où elles ont été constituées, à condition qu'elles ne blessent aucun principe de droit public du pays où elles exercent leurs droits.

181. Dans l'espèce de la société par actions formée en Angleterre pour établir un câble transatlantique entre l'Angleterre et l'Amérique, un souscripteur français, qui avait effectué quelques versements sur ses actions, cessa de verser. En vertu de ses statuts, la société confisqua les actions du souscripteur, les vendit et retint la somme représentant la différence entre le montant de ce que devait l'actionnaire et le produit de la vente des actions. Ainsi, l'actionnaire perdait tout ce qu'il avait versé sans qu'on lui rendît même un compte de la vente et de ce qu'elle avait produit.

L'actionnaire soutint que la clause de confiscation était contraire à l'ordre public en France. D'après le droit commun, tel que le code civil le consacre, les conventions ne se résolvent pas de plein droit, au préjudice de l'une des parties et au profit de l'autre, alors que le contractant ne satisfait pas à ses obligations; il y a lieu, dans ce cas, à demander la résolution en justice, et la résolution, quand elle est prononcée, replace les parties dans la situation où elles étaient avant d'avoir contracté. D'après cela, les versements faits par l'actionnaire français auraient dû lui être restitués, tandis que la clause litigieuse confisquait l'action et les versemenis au profit de la société. Cette clause est illicite. Débiteur d'une somme d'argent, disait l'associé, il ne pouvait être condamné qu'à cette somme et aux intérêts, suivant le taux légal, à partir de la mise en demeure. Telle est la règle établie par

l'article 1153 du code civil et la loi du 3 septembre 1807, laquelle est d'ordre public. Je laisse cette première difficulté de côté pour y revenir.

La cour de Paris se borna à décider que la clause litigieuse n'était pas contraire à l'ordre public. C'était une simple affirmation, et, en droit, on n'affirme pas, on prouve. Le débat s'agrandit devant la cour de cassation.

La cour écarte l'objection tirée de l'article 1153 et de la loi du 3 septembre 1807, par une raison péremptoire, c'est que l'article 1846 y fait exception en matière de société; cette disposition porte : « L'associé qui devait apporter une somme dans une société et qui ne l'a point fait devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme à compter du jour où elle devait être payée, *le tout sans préjudice* de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu. » La raison en est que l'associé n'est pas un simple débiteur de somme d'argent; il a promis de concourir aux opérations sociales, au succès de la société par le versement opportun d'un capital. S'il manque à verser sa mise au moment où la société en a besoin, il compromet ses affaires; l'intérêt légal n'indemnise pas la société de cette perte; voilà pourquoi, par dérogation au droit commun, le code civil donne à la société droit à de plus amples dommages-intérêts. Reste à savoir si la détermination des dommages-intérêts stipulée par les statuts de la société anglaise blessait l'ordre public. Le texte du code civil répond à la question. Aux termes de l'article 1152, la convention peut stipuler que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts; dans ce cas, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Il en est de même de la peine; c'est une compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale (art. 1229); le juge ne peut pas la modifier. La clause est un forfait. Or, la convention qui permet à la société de s'approprier le prix, quel qu'il soit, de la vente des actions, quand un souscripteur ne fait pas ses versements, est une vraie clause pénale, et elle est valable comme telle.

Le pourvoi faisait encore une objection très spécieuse, puisée dans l'article 2078, lequel est ainsi conçu : « Le créancier ne peut, à défaut de payement, disposer du gage, sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en payement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer, sans les formalités ci-dessus, est nulle. » Or, disait le pourvoi, les actions du souscripteur sont pour la société un gage qu'elle confisque, qu'elle s'approprie par conséquent sans formalité de justice. Donc, la clause qui autorise cette confiscation est nulle d'après la loi française, et cette nullité est d'ordre public, puisque l'article 2078 a pour objet de prévenir les abus de l'usure. La cour de cassation répond à l'objection, et la réponse est péremptoire. Pour qu'il puisse être question d'actions remises en gage à la société, il faut que ces actions appartiennent à l'associé; or, dans l'espèce, elles appartiennent à la société, et le créancier ne peut avoir de gage sur sa propre chose. Qu'est-ce, en effet, qu'une action non libérée? Loin d'être un gage donné par le souscripteur, c'est un titre dont l'associé ne deviendra propriétaire que lorsqu'il aura versé sa mise. Si le souscripteur ne verse pas, il ne peut pas réclamer le titre qui reste en possession de la société comme une propriété dont elle ne se dessaisit que lorsque le souscripteur a rempli son obligation. Il ne pouvait donc être question de gage, ni, par conséquent, de la violation du principe d'ordre public écrit dans l'article 2078 (1).

182. Les lois étrangères sur la suspension de payement ou la faillite des sociétés obligent-elles les associés français, ainsi que les conventions ou concordats arrêtés par lesdites sociétés? Cette question s'est présentée devant la cour de cassation de France dans les circonstances suivantes. La compagnie des chemins de fer du nord de l'Espagne suspendit ses payements, et une convention

(1) Rejet, 14 février 1872 (Sirey, 1872, 1, 321).

ntervint entre elle et ses créanciers en suite d'une loi du 12 novembre 1869. Cette loi prévoit, à raison des circonstances où se trouvait le pays, la cessation de payement de la part des sociétés de commerce et notamment des compagnies de chemins de fer. Elle détermine d'abord les conditions d'après lesquelles doit être composée l'assemblée des créanciers, quant au nombre de personnes et aux sommes représentées, pour délibérer valablement sur le règlement de la dette, et pour prendre à ce sujet des résolutions obligatoires, même à l'égard des absents, et, par conséquent, des étrangers. La loi règle ensuite le mode suivant lequel les résolutions doivent être portées à la connaissance du public, puis approuvées et homologuées par les tribunaux. Conformément à cette loi, un arrangement intervint entre les créanciers de la compagnie des chemins de fer; la convention était, à la vérité, antérieure à la loi (du 25 juin 1868); mais la loi validait ces conventions, pourvu qu'elles eussent été consenties par les créanciers dans des conditions semblables à celles qu'elle prescrivait. L'atermoiement consistait à convertir les titres des obligations dans la proportion de quatre obligations dites de priorité, et une obligation à revenu variable.

Un actionnaire français, porteur de 477 obligations, ne se crut pas lié par ces arrangements; il actionna la compagnie devant le tribunal civil de la Seine, en payement des coupons échus depuis 1867, sur le pied de 7 francs 50 centimes par semestre, pour chacun de ces coupons, et en remboursement du capital même de ces obligations. La compagnie invoqua les arrangements intervenus entre elle et ses créanciers conformément à la loi espagnole de 1869, et elle demanda, de son côté, que les jugements d'homologation desdites conventions, rendus à Madrid, fussent déclarés exécutoires en France à l'égard de tous les obligataires de la compagnie. Elle obtint gain de cause en première instance et en appel, et, sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet.

La cour de Paris rappelle d'abord le principe qui régit les conventions au point de vue du droit international

privé : « En se rendant acquéreur des obligations de la compagnie des chemins de fer du nord de l'Espagne, le demandeur avait pris pour débitrice une société de commerce étrangère; en conséquence, il s'était soumis, à son égard, à toutes les règles qui pouvaient régir l'état de cessation de payement ou de faillite d'après la loi espagnole. » Valable en Espagne, d'après la loi de 1869, la convention d'atermoiement intervenue entre les créanciers et la compagnie des chemins de fer était par cela même valable partout, à moins qu'elle ne fût en opposition avec l'ordre public français. Le premier juge décida que ladite convention n'était pas en opposition avec les lois françaises. Elle concernait la suspension de payement équivalente en Espagne à l'état de faillite en France; et elle aboutit à un arrangement qui peut être assimilé au concordat autorisé par la loi française. Le tribunal constate ensuite que toutes les conditions, toutes les formalités avaient été scrupuleusement remplies.

En première instance, on n'avait cité aucune clause du contrat comme étant de nature à blesser l'ordre public français. Devant la cour d'appel, on souleva une grosse difficulté : le contrat d'atermoiement était antérieur à la loi espagnole; celle-ci contenait, il est vrai, une disposition rétroactive qui validait les conventions anciennes. Cette rétroactivité n'était-elle pas un vice au point de vue de l'ordre public français? La cour d'appel répond que des critiques plus ou moins fondées, dirigées contre la loi au point de vue de sa rétroactivité, ne lui ôtaient pas sa force obligatoire. Le pourvoi reproduisit l'objection. Il est vrai que la non-rétroactivité n'est pas un principe constitutionnel; si une loi française était expressément rétroactive, elle n'en serait pas moins obligatoire. Toujours est-il que la rétroactivité est un vice; si, en Espagne, on doit la subir, puisque telle est la volonté du législateur, est-ce à dire que les tribunaux français doivent la confirmer? Le pourvoi répond que la rétroactivité est contraire à l'ordre public, et les tribunaux français ne peuvent reconnaître aucun effet à une loi, à un jugement, à une convention qui blessent l'ordre public tel qu'on l'entend en

France. L'ordre public français n'est pas l'ordre public espagnol. Le juge français n'a donc pas à voir si une convention, un jugement, une loi même sont valables en pays étranger; quand même la validité serait incontestable, il doit refuser d'appliquer les actes étrangers dès qu'ils sont contraires à un principe de droit public en France.

L'argumentation serait irréfutable si réellement il y avait eu un vice de rétroactivité dans la loi espagnole du 12 novembre 1869. La chambre des requêtes soutient le contraire, et je crois qu'elle a raison. Pour qu'il y eût rétroactivité, il faudrait que ladite loi eût enlevé aux créanciers étrangers de la compagnie un droit acquis, c'est-à-dire un droit qui était dans leur domaine. Supposons que ladite loi n'eût pas été portée, qu'aurait pu faire l'obligataire français? Poursuivre la compagnie qui n'était pas en état de remplir ses obligations. Il avait un débiteur insolvable; forcément il aurait dû se contenter d'une transaction en se ralliant au concordat qu'avait consenti la grande majorité des obligataires. La loi de 1869, en autorisant l'homologation de la convention d'atermoiement, laissait les parties dans la situation où elles étaient, en face d'un débiteur suspendant ses payements; si les obligataires étrangers, refusant de souscrire l'arrangement de 1868, avaient provoqué une nouvelle délibération, ils n'auraient pas obtenu davantage, donc la loi ne leur enlevait aucun droit (1).

SECTION IV. — Des intérêts conventionnels, moratoires et légaux.

§ Ier. — *De l'intérêt conventionnel.*

N° 1. LÉGISLATION.

183. Les légistes anglo-américains sont très attachés à la tradition chrétienne et à toute occasion ils exaltent le

(1) Rejet du 6 mars 1876 (Sirey, 1876, 1, 161, et la note).

christianisme, comme le principe de notre civilisation. J'ai eu souvent à combattre ces exagérations. La prohibition de l'intérêt est un des préjugés chrétiens, il remonte à la Loi ancienne, et aux Pères de l'Eglise. Je citerai quelques traits, empruntés à leurs écrits; ils nous offriront plus d'un enseignement.

Les Pères de l'Eglise flétrissent le prêt à intérêt comme un brigandage. « Où est, dit Grégoire de Nysse, la différence entre le *voleur* qui dérobe en secret la chose d'autrui, l'*assassin* qui s'empare des biens de sa victime, et le riche qui, en exigeant l'intérêt, s'approprie ce qui ne lui appartient pas (1)? » Les Pères latins abondent dans ces déclamations : « Recevoir plus qu'on n'a donné est injuste. Celui qui le fait est comme un ennemi qui tend des piéges à son adversaire; il abuse de la misère où se trouve son prochain pour le dépouiller (2). » L'usure, d'abord défendue aux clercs, finit par être interdite à tous les fidèles. C'était une des règles de la perfection évangélique. Le prêt à intérêt est tellement en opposition avec la doctrine chrétienne, que ceux-là mêmes qui en ont pris la défense avouent cette contradiction. Saumaise convient que le prêt à intérêt est contraire à la fraternité qui doit régner entre les hommes, mais l'idéal du christianisme, dit-il, est irréalisable (3). Il ne s'agit donc pas, comme le croit Blackstone (4), d'un préjugé monastique qui existait au moyen âge, époque où il n'y avait ni commerce, ni crédit. Le préjugé remonte à ceux que la chrétienté reconnaissante appelle ses Pères. Que dis-je? C'est Dieu même qui, dans l'Ancienne Loi, a défendu le prêt à intérêt aux Juifs, et si les Juifs ne peuvent pas le pratiquer sans manquer à un commandement divin, comment des chrétiens le pourraient-ils?

184. Les défenseurs du christianisme traditionnel, et les légistes anglo-américains croient-ils encore que les

(1) Grégoire de Nysse, Homil. II, in Eccles. *Op.*, t. II, p 410, D (édition de Paris, 1638).
(2) Lactance, *Inst. divin*, IV, 18.
(3) Salmas. *De Usuris*, p. 654, suiv.
(4) Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, t. II, p. 454 et suiv.

[illegible]

Il est [illegible] avec la [illegible] gens d'église et ceux qui [illegible] plaid[illegible] leur a appris à éluder les [illegible] c'est-à-dire à [illegible]per Dieu ?

185. Apprendre aux hommes à éluder les lois divines, et vouloir qu'ils observent les lois civiles, c'est demander

(1) Guy Coquille, sur la Coutume du Nivernais, tit. II, art. 13.

(2) Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, livre XXII, chap. XXI.

(3) D'Argentré, sur l'article 226 des *Coutumes de Bretagne*, chap. VI, nos 9 et 10.

l'impossible : on ne les moralise pas en les démoralisant. A force de violer les lois, on oubliait qu'il y avait des lois. Bigot-Préameneu dit, dans l'Exposé des motifs du titre des Obligations, que la doctrine qui confondait l'intérêt avec l'usure ne fut pas appliquée au commerce ; le texte de l'ordonnance de 1579 prouve qu'il se trompait, il aurait dû dire que le commerce ne l'observait pas, et il en était de même des non-commerçants ; l'orateur du gouvernement le constate (1).

Un des premiers décrets de l'Assemblée Constituante (5 octobre 1789) abolit les anciennes ordonnances. Le progrès s'accomplit avec une lenteur qui est parfois désespérante : c'est au nom de la liberté que l'Assemblée permit le prêt à intérêt, et tout en proclamant la liberté, elle conservait les chaînes, un taux légal ; et tout en maintenant cette restriction, elle en affranchissait le commerce, comme si tout n'était pas commerce dans la vie civile. La Convention Nationale, qui avait l'ambition de régénérer la France, proclama le vrai principe, que l'argent était marchandise, puis elle rapporta son décret (2). Une loi du 5 thermidor an IV revint au vrai principe, celui de la liberté (3).

Personne ne doutait plus de la légitimité de l'intérêt. Mais fallait-il étendre la liberté jusqu'à la fixation du taux de l'intérêt? Les auteurs du Code civil maintinrent provisoirement la liberté, mais avec l'arrière-pensée de revenir à un taux légal (art. 1907). La loi du 3 septembre 1807 fixa l'intérêt légal à cinq pour cent en matière civile, et à six pour cent en matière de commerce, et disposa que l'intérêt conventionnel ne pouvait excéder l'intérêt légal. L'intérêt dépassant le taux légal était réputé usuraire ; mais l'usure n'était un délit que lorsque le prêteur s'y livrait habituellement.

186. Tel était jadis le système général en Europe. L'intérêt légal varie d'un pays à l'autre. Je dirai plus loin

(1) Bigot-Préameneu, *Discours*, n° 45 (Locré, t. VI, p. 155 (édition de Bruxelles).
(2) Lois du 11 avril 1793, 10 floréal an III, 2 prairial an III.
(3) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, p. 603 et suiv., et note 17 (4e édit.).

que dans les Echelles du Levant, dans l'Amérique espagnole, l'intérêt légal est de douze pour cent, tandis qu'en Europe, il est généralement de cinq pour cent. Toutefois il est variable, parfois, dans un seul et même pays; en Angleterre de cinq pour cent, en Irlande de six pour cent. Il y a plus; l'intérêt de l'argent va régulièrement en baissant. En 1807, le législateur voulait fixer un intérêt légal et conventionnel très modéré, en forçant le créancier à se contenter de cinq pour cent; et il se trouve qu'aujourd'hui les capitalistes ont beaucoup de peine à placer leurs fonds à ce taux; pour mieux dire, l'intérêt légal est au-dessus de l'intérêt conventionnel; l'Etat emprunte à quatre pour cent, de sorte qu'en fait l'intérêt légal dépasse celui que les particuliers peuvent obtenir; en ce sens il est usuraire.

Là ne s'arrête pas le mouvement économique. La liberté de l'intérêt est devenue un axiome de la science; les enfants n'en doutent plus. Sous l'influence de ces idées, que l'on ne peut déjà plus appeler nouvelles, l'intérêt a été déclaré libre dans une grande partie de l'Europe, en Angleterre, en Italie, en Suisse, en Belgique, dans les Pays-Bas et même en Espagne. Si la France ne se hâte pas de suivre ce progrès, elle comptera bientôt parmi les retardataires. A plusieurs reprises l'économie politique essaya d'abolir légalement le vieux préjugé de l'usure; il est bon de constater quels sont les adversaires qu'elle rencontra. Lorsqu'en 1807 le législateur abandonna les traditions de la révolution française, les légistes, Merlin en tête, approuvèrent les restrictions que la loi apportait à la liberté des parties contractantes (1). Hommes de tradition, les meilleurs jurisconsultes ne parviennent pas à s'affranchir des préjugés qu'ils puisent dans des études et des occupations exclusivement professionnelles : cela doit être, parce que cela est. Avec cet argument ils ont défendu la torture au dix-huitième siècle, et la contrainte par corps au dix-neuvième. Quand, en 1836, Lherbette attaqua la loi de 1807 au sein de la Chambre des députés, le procureur

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Intérêts*, § V, n° V (t. XV, p. 452, édit de Bruxelles).

général Dupin s'en fit le défenseur, et dans une assemblée où les avocats ont régulièrement la parole, le légiste, disons mieux, la routine eut le dessus. En 1862, un économiste qui a popularisé la science de l'économie politique, Michel Chevalier, démontra vainement que la loi de 1807 violait tous les principes et ne prévenait aucun mal, la science succomba de nouveau, et ce fut encore un légiste, le procureur général Dupin, qui obtint la victoire (1).

187. La diversité de législation est toujours une source de conflits, et l'on pourrait croire que, dans une matière aussi usuelle que celle du prêt à intérêt, les conflits doivent être journaliers. Il n'en est rien. D'abord la collision ne se présente plus entre le système absolu qui réprouve tout intérêt comme usure et le système qui admet la légitimité de l'intérêt. Le principe catholique n'a jamais été qu'une fiction, comme la perfection évangélique. Le conflit véritable existe en ce qui concerne le taux de l'intérêt qui varie d'un pays à l'autre. Il s'est agrandi depuis que le taux de l'intérêt a été déclaré libre dans une partie de l'Europe. En Belgique on peut prêter à cent pour cent; quelle sera la valeur de ces conventions en France? Des Anglais peuvent-ils prêter en France à un intérêt supérieur à l'intérêt légal? Les Français peuvent-ils faire des prêts dits usuraires à l'étranger, ou pour l'étranger? Ces questions sont très controversées.

§ II. — *Quelle loi suit-on dans le conflit des législations?*

N° 1. LE PRINCIPE.

188. Le prêt à intérêt est un contrat qui ne diffère en rien, quant à son essence, des autres contrats à titre onéreux. Or, la liberté la plus complète règne, en général, dans la matière des conventions; de là suit qu'elles ne sont pas soumises à la règle des statuts ; elles dépendent de l'autonomie des parties contractantes. L'autonomie

(1) Voyez les témoignages dans Pont, *Les Petits Contrats*, t. Ier, p. 120, n° 263.

donne seulement lieu à l'intervention de la loi quand les parties intéressées n'ont pas déclaré leur volonté sur le point de savoir à quelle loi elles entendent soumettre leurs conventions : est-ce à leur loi nationale, ou est-ce à la loi du lieu où elles traitent? Doit-on s'en rapporter à la loi du for, ou aux lois du créancier ou du débiteur? Le législateur et, à son défaut, le juge établissent des présomptions pour déterminer la volonté probable des contractants. Mais ces présomptions ne sont pas des statuts, quand même elles seraient établies par des lois ; c'est toujours la volonté probable des parties qui régit leurs conventions.

189. Cette théorie reçoit-elle son application au prêt à intérêt? Si la liberté de l'intérêt, établie dans la plupart des pays de l'Europe, régnait partout, l'affirmative serait certaine ; les conventions relatives à l'intérêt dépendant de la seule volonté des parties, et leur tenant lieu de loi, ces lois d'intérêt privé auraient effet partout, sans qu'on pût leur opposer aucune loi territoriale d'ordre public, puisqu'il n'y aurait plus d'usure légale ; l'usure deviendrait légitime, puisqu'elle se confondrait avec l'intérêt. Cela paraît choquant au premier abord, parce que nous sommes habitués à considérer l'usure comme un délit, et la liberté des délits paraît être, au premier abord, une étrange aberration. A vrai dire, là où le taux de l'intérêt est libre, il n'est plus question d'usure ni d'un délit consistant à user de son droit de propriété. Le moment viendra où les lois restrictives disparaîtront partout ; alors tout conflit cessera, et le prêt à intérêt rentrera dans le droit commun.

Nous approchons de cette révolution juridique, mais nous n'y sommes pas. Il y a toujours des législations qui considèrent comme usure l'intérêt qui dépasse le taux légal. De là un de ces conflits regrettables qui se présentent dans notre science : ce qui en Belgique et dans les Pays-Bas est l'exercice d'un droit, est considéré en France comme un délit. Là où la liberté de l'intérêt existe, règne aussi l'autonomie, mais cette autonomie se trouve en conflit avec des lois prohibitives dès que les conventions sont invoquées dans un pays où ces restrictions existent encore. De là conflit, controverse et doute.

190. Si l'on s'en tenait à la notion catholique de l'usure, la décision serait très simple; l'usure étant un délit, toute convention stipulant un intérêt quelconque serait viciée dans son essence; on ne peut pas faire de convention ayant pour objet un délit. Peu importerait, dans cette théorie, que la convention usuraire eût été faite à l'étranger, elle n'en serait pas moins considérée comme inexistante là où l'usure serait qualifiée de délit, sans même tenir compte du taux de l'intérêt. Il est inutile de combattre cette doctrine, puisqu'elle n'existe nulle part, sauf à l'état de fiction.

191. Laissons là les chimères et rentrons dans la réalité des choses. Pourquoi la législation française prohibe-t-elle le prêt qui dépasse l'intérêt légal? Par un excellent sentiment, la protection des faibles et des pauvres contre l'oppression des forts et la cupidité des riches. L'usure étant un délit, les lois qui prohibent l'intérêt usuraire deviennent des lois de police, et ces lois sont essentiellement des lois réelles, territoriales, dominant toute loi étrangère qui sanctionnerait des conventions contraires à l'ordre public. Mais suffit-il que le législateur d'un pays, par suite d'une erreur économique, et peut-être sous l'influence d'un antique préjugé, flétrisse le prêt à intérêt, quand il dépasse un certain taux, comme un acte immoral, pour qu'il ait le droit de repousser comme immorales les conventions qui se font dans les pays étrangers dont les lois légitiment ces conventions comme l'exercice d'un droit? Nous avons rencontré plus d'une fois ce conflit affligeant sur le terrain de la moralité : tel pays repoussant comme immorale une institution que d'autres nations considèrent non seulement comme légitime mais comme morale. Cette opposition de sentiments et d'idées doit conduire à une appréciation indulgente des antinomies que présentent les diverses législations. J'ai souvent cité cette parole profonde que le procureur général Dupin a prononcée devant la cour de cassation, dans un procès de divorce. Aucun pays n'a le droit de prétendre qu'il possède le monopole de la morale. Il y a une morale universelle qui se développe lentement sous la loi du progrès; mais il y a aussi

des erreurs ou des exagérations dans le domaine de la morale que l'esprit humain répudie, et que l'on aurait tort de considérer comme l'expression de la vérité absolue, alors même qu'il s'y trouverait une part de vérité. Montesquieu nous a dit que le bien extrême touche de très près au mal extrême : voyez ce que la perfection évangélique devient chez les moines, les parfaits parmi les parfaits : une horrible caricature! Notre science doit puiser un enseignement dans ce conflit : la modération convient à la loi qui est appelée à régir les relations des hommes. Il suffit de considérer la tendance des législations modernes, en matière d'intérêt, pour répudier la doctrine qui réprouve comme un fait illicite l'intérêt quand il dépasse le taux légal. Ce que le législateur condamne aujourd'hui, il l'approuvera demain; pourquoi ne respecterait-il pas dès maintenant une liberté qu'un jour il proclamera lui-même?

192. Ces considérations expliquent la doctrine des légistes modernes. Tout en acceptant la législation restrictive de l'intérêt, ils ne parlent plus ni de droit divin, ni même d'ordre public; d'instinct ils se placent sur le terrain de l'autonomie, qui sera un jour le droit commun. La plupart s'accordent à appliquer, en cas de conflit des lois sur l'intérêt, la *loi du contrat*. Ils ne s'aperçoivent pas qu'il y a dans leur doctrine une contradiction logique. La *loi du contrat* suppose que les conventions dépendent de la volonté des parties intéressées; c'est, en effet, leur volonté qui tient lieu de loi. Or, il ne peut être question d'autonomie, quand le législateur prohibe l'intérêt qui dépasse le taux légal. Dès que la loi intervient en cette matière, c'est pour un motif d'ordre public; si elle restreint la liberté naturelle de contracter, c'est qu'elle veut prévenir l'abus que les mauvaises passions pourraient faire de la liberté; elle veut protéger les malheureux, et toute mesure de protection tient à l'ordre public; dès lors la loi qui l'établit prend un caractère de réalité. Les juristes qui soumettent les conventions d'intérêt à la loi du contrat ne tiennent aucun compte du motif pour lequel le législateur établit des prohibitions et des restrictions en cette

matière. De là des inconséquences et des controverses. Les dispositions plus ou moins arbitraires des diverses législations sur le taux de l'intérêt expliquent ces contradictions. Aux Etats-Unis, l'intérêt est de cinq pour cent dans tel Etat et de six pour cent dans tel autre, quoique la situation industrielle et économique soit la même. Comment peut-on considérer comme tenant à l'ordre public des lois qui aujourd'hui fixent l'intérêt à cinq pour cent, et demain à quatre ou à trois! Ce qui était un délit hier devient aujourd'hui un fait licite. Quand l'usure est un fait arbitraire, l'ordre public n'a plus de fondement solide. Les légistes ont préféré s'en tenir à la loi du contrat, loi qui est un des principes de notre science. Mais ces emprunts faits à la science quand la science est en opposition avec les faits, ont un autre inconvénient. Les diverses parties du système n'ayant pas de liaison logique, les difficultés abondent dans l'application même du principe, parce que le principe n'en est pas un.

N° 2. LES ANCIENS LÉGISTES.

193. L'intérêt était prohibé dans l'ancien droit, mais la prohibition était une pure fiction; le législateur défendait le prêt à intérêt, et il légitimait la constitution de rente; c'était valider d'une main ce qu'il défendait de l'autre. Au fond l'ancien droit était identique avec notre droit moderne. La fiction du contrat de rente tenait lieu du prêt à intérêt; le taux des arrérages variait comme le taux de l'intérêt, soit d'un pays à l'autre, soit d'une province à l'autre. Quant à la liberté entière de l'intérêt, quoique réclamée au dernier siècle par les économistes, elle n'existait nulle part. Sous ce rapport, il y a identité entre l'ancien droit français et le nouveau. De là l'importance que l'ancien droit a pour l'interprétation de la législation nouvelle; le conflit était le même, sauf qu'il y a aujourd'hui une cause de collision qui n'existait pas jadis : le principe de la liberté a passé du domaine de la théorie dans celui de la pratique.

194. La tradition dans ce débat serait décisive si elle

était certaine; malheureusement il y a controverse et doute. Deux jurisconsultes modernes se sont occupés de la doctrine des vieux statutaires sur la loi qui régit l'intérêt, Story, l'éminent publiciste des Etats-Unis, et Bar, dont le Traité de droit international privé aurait obtenu un plus grand succès si l'auteur, vrai Allemand sous ce rapport, ne négligeait trop la forme. L'auteur se plaint quelque part de ce que les statutaires français du dernier siècle, Froland et Boullenois, sont trop longs : soit, mais du moins ils sont clairs, et c'est là le premier mérite de celui qui écrit pour être lu. Il m'adressera peut-être le même reproche. J'ai écrit huit volumes, tandis que Bar traite, dans un seul, bien des matières dont je ne dis rien; et cependant malgré les développements dans lesquels j'entre, je n'épuise pas les questions; mais du moins je motive mon avis, et si mes motifs sont longs, par contre on les comprendra d'autant mieux, je l'espère.

Bar dit que beaucoup d'auteurs posent en principe que le taux légitime de l'intérêt est déterminé par la *loi du contrat*. Le terme allemand est plus expressif, la loi du lieu où le contrat a été conclu (1); tandis que d'autres légistes font dépendre la solution de la loi du lieu où le payement doit se faire. Parmi les partisans de la première opinion, il cite Rodenburgh et Jean Voet, et parmi ceux qui enseignent l'autre opinion, il cite Paul Voet, Everard, Christyn, Bourgoingne; quant à Boullenois, il dit que son avis est douteux, il ne parle pas de Bouhier (2).

Story a fait une étude minutieuse des opinions professées, en cette matière, par les anciens légistes (3); le résultat de son enquête est que tous les auteurs que je viens de mentionner sont d'avis que la *loi du contrat* régit le taux des intérêts, mais que par là ils entendent, non le lieu où les parties ont traité, mais celui où leurs conventions doivent recevoir leur exécution. La conséquence est d'une importance capitale, car si tel est le droit ancien, tel doit aussi être le droit moderne, la question étant iden-

(1) Der Ort des *Vertragsschlusses*.
(2) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 256, § 71.
(3) Story, *Conflict of laws*, p. 353-365 (7e édit.), §§ 300-304 *a*.

tique et le motif de décider le même. Il y a une raison spéciale pour laquelle, contre son habitude, Story discute les opinions des anciens statutaires, c'est qu'aux Etats-Unis on les invoque régulièrement comme autorité dans les débats qui roulent sur le droit international privé. Or, il est arrivé que la cour de la Louisiane s'est prononcée pour la loi du contrat, en se fondant sur le témoignage de Jean Voet, tandis que la cour suprême des Etats-Unis a jugé en sens contraire, en admettant comme loi celle du lieu où le contrat avait été exécuté. Story prouve que la cour de la Louisiane s'est trompée (1).

195. Qu'est-ce que la *loi du lieu du contrat?* Dans son acception littérale, cette expression signifie la loi du lieu où le contrat s'est formé, mais elle peut aussi avoir un autre sens. Quand il est question de contrats, il ne faut pas oublier que la volonté des parties y joue le grand rôle. Les contractants peuvent, en règle générale, soumettre leurs conventions à telle loi qu'ils veulent adopter; ils sont donc libres de suivre la loi du lieu où le contrat doit recevoir son exécution. De là cette opinion, commune chez les anciens légistes, que le lieu d'un contrat est double, savoir celui dans lequel le contrat a été passé, où les parties ont parlé, dit Boullenois, et celui où le débiteur doit remplir l'engagement qu'il a contracté, les parties ayant voulu que leurs conventions fussent exécutées dans un lieu autre que celui où elles ont éte arrêtées (2). Lors donc que les statutaires disent qu'une convention ou une clause est régie par la *loi du lieu* ou par la *loi du lieu du contrat,* il n'en faut pas induire nécessairement que l'on doit appliquer la loi du pays où le contrat a été formé; ce peut aussi être la loi du pays où les parties veulent que le contrat soit exécuté. Mais comment peut-on savoir dans quel sens les anciens auteurs ont pris cette expression de *lex loci contractus?* Cela dépend du cas qu'ils ont en vue. Tout, en matière de contrats, dépendant de la volonté des parties, l'interprète doit voir quelle a été leur intention, et décider en conséquence quelle est la *loi du lieu,* celle

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 363, note 1 (§ 304), 7e édit., et p. 364, suiv.
(2) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. II, p. 446.

contrat ou celle du payement. Story cite le témoignage Everard et de Huber (1). Celui-ci est très explicite : le u du contrat, dit-il, est celui que les parties ont en vue contractant (2).

196. Cette première démonstration est complète, et la nséquence qui en résulte est importante. Un statutaire que la loi qui régit les intérêts est celle du contrat : en it-il induire que c'est la loi du lieu où le contrat a été t? Cela peut être, et cela sera toujours quand le con-t doit être exécuté dans le lieu où il a été formé; mais la peut aussi ne pas être, et cela ne sera pas quand les rties, comme le dit Huber, ont eu en vue le lieu où le ntrat doit recevoir son exécution; dans ce cas, c'est gulièrement la loi du lieu où se fera l'exécution qui dé-minera l'intérêt. Story examine et discute tous les noignages des statutaires, et il n'en trouve aucun qui se clairement qu'il faut s'en tenir à la loi du lieu du con-t, alors même que l'exécution se fait dans un autre lieu. urgoingne distingue; c'est la loi du contrat qui décide sa validité; mais tout ce qui touche l'exécution du con-t est régi par la loi du lieu où le payement doit se faire. débiteur s'oblige à payer les intérêts; or, les lois ro-ines disent que l'on est censé avoir contracté là où l'on st obligé de payer; il faut donc voir quel est le lieu e les parties ont eu en vue pour l'exécution; le taux l'intérêt dépendra de la loi de ce lieu. De sorte que si payement doit se faire en France, on appliquera la loi nçaise, et la cour de Flandre allouera l'intérêt fran-s, quoiqu'il soit plus élevé que celui qui était d'usage is les Flandres. D'où il faut conclure que la stipulation l'intérêt d'après le taux français serait nulle si le prêt vait avoir son exécution dans les Flandres; car, quoique contrat ait été passé en France, il est censé fait là où loit être exécuté, il ne peut donc pas dépasser l'intérêt al de ce lieu (3). C'est ainsi que Story explique l'opi-

) Everardi *Consil.* 78, n°s 10, 11, 17, 18 et 20.
) Huber, lib. I, tit. III, § 10.
) Burgundus, *Tractatus IV, ad consuetudines Flandriæ*, n°s 6 et 7,)4 et 105; n° 10, p. 109; n°s 25 et 26, p. 114 et 115.

nion de Bourgoingne; et c'est l'explication la plus probable, quoiqu'il reste quelque doute, à cause de l'expression équivoque de *loi du contrat*, dont il se sert.

Everard est très explicite; il dit en termes formels que pour déterminer si le taux de l'intérêt est légitime, il faut voir quel est le lieu que les parties ont fixé pour l'exécution de leurs conventions; c'est là le lieu du contrat; si la stipulation est conforme à la loi de ce lieu, elle sera valable; sinon, elle sera nulle. Et dans le silence des parties, on appliquera, sans doute aucun, la loi du lieu où le payement doit se faire(1). L'autorité d'Everard était grande dans nos provinces. Christyn se rallie à son opinion; c'était une doctrine certaine (2).

197. Il serait très important, au point de vue de la tradition française, de savoir quelle était l'opinion de Boullenois. Story croit qu'elle concordait avec celle des légistes que je viens de citer. Cela est douteux.

Je vais transcrire le passage principal : « Quand il s'agit de décider si des conventions faites au sujet des droits qui naissent de la nature et du temps du contrat sont légitimes ou non, il faut suivre la loi où se *passe le contrat*. C'est pourquoi s'il s'agit de régler la légitimité du taux des rentes, et que, dans le lieu de la *passation du contrat*, le taux soit différent de celui qui se paye, soit dans le domicile du débiteur, soit dans le domicile du créancier, soit enfin dans le lieu où les biens hypothéqués sont situés, le taux convenu sera jugé très légitime s'il est conforme à la loi où le *contrat a été passé*. » Les mots *passer le contrat*, *passation du contrat* indiquent clairement le lieu où le contrat s'est formé, où les parties ont parlé, traité, consenti; ce n'est que par fiction qu'on pourrait les étendre au lieu où le payement se fait : les conventions s'y *exécutent*, mais on ne peut pas dire qu'elles y sont *passées*. Mais le langage vulgaire est-il décisif? Non, car Boullenois dit formellement que par la loi du lieu du contrat on entend aussi bien la loi du lieu où le payement doit être fait, que la loi du lieu où le contrat a été passé (n° 195).

(1) Everardi *Consilia*, 78, n°s 24-29. p. 208 et 209.
(2) Christinæi *Decisiones*, t. Ier, *Decis*. 283, n°s 12 et 13, p. 355

Plus loin Boullenois prévoit une espèce particulière. Deux personnes de différentes provinces, où le taux des rentes est différent, se trouvent dans un même lieu; l'une prête à l'autre une somme, et l'emprunteur fait un billet portant promesse de passer un contrat de constitution, donc une stipulation d'intérêt, mais en laissant le taux indécis. Boullenois n'applique pas, dans ce cas, la loi du contrat, parce qu'il n'est pas probable que des non-domiciliés qui contractent par hasard dans un lieu et qui stipulent des intérêts vaguement, aient en vue la loi du lieu où ils contractent; celui qui s'oblige aux intérêts n'envisage que ceux qu'il connaît, et, par conséquent, ceux du lieu où il demeure (1).

Tout ce que l'on peut induire de ces divers passages, c'est que le taux des intérêts, dans l'opinion de Boullenois, dépendait de la volonté des parties contractantes.

Il ne parle pas même d'une loi prohibitive; l'intérêt variait d'une province à l'autre, les parties pouvaient choisir le taux qui leur convenait; comme elles pouvaient se soumettre à une loi quelconque pour les autres clauses de leur contrat. Dans cet ordre d'idées, la question du *lieu* perdait de son importance : ce pouvait être, au gré des parties, le lieu du contrat ou le lieu du payement; et, dans le doute, le juge décidait d'après les probabilités. Nous voilà en pleine autonomie. Tel est aussi le sentiment de Bouhier (2). Je dirai plus loin ce qu'il faut penser de cette opinion.

198. Je passe à la doctrine des deux Voet. L'opinion de Paul Voet est formelle. Il remarque que la *loi du lieu du contrat* a deux sens. Quand il s'agit des intérêts, on doit suivre la loi du lieu où le payement se fait (3).

C'est sur l'opinion de Jean Voet que la controverse s'est engagée aux Etats-Unis. Je vais rapporter ses paroles textuellement. Il suppose un conflit entre deux lois : l'une fixe le taux légal des intérêts, en défendant de le dépas-

(1) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. II, p. 472 et 496.

(2) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXI, n° 195.

(3) P. Voet, *De Statutis*, IX, 2, 11, p. 270 de l'édition de 1715.

ser, l'autre permet de stipuler un intérêt plus élevé; et il décide qu'il faut appliquer la loi du lieu où le contrat a été passé. Le mot *celebratus*, dont il se sert, a la même acception que le terme *passé*, ce qui paraît décisif, et c'est sans doute ce qui a entraîné la cour de la Louisiane. Mais Voet ajoute immédiatement : « Il faut se rappeler qu'en droit on entend par *lieu du contrat*, non le lieu où la convention a été faite (*gestum est*), mais le *lieu* où le *débiteur s'est obligé de payer*. » Voet fait encore une réserve pour le cas de fraude; si c'est pour frauder la loi du contrat que les parties ont choisi un lieu d'exécution où les intérêts sont plus élevés, la convention est nulle. Cela implique que la convention est parfaitement valable si les parties stipulent de bonne foi un lieu de payement où l'intérêt est plus élevé que dans le lieu où elles traitent (1). La cour de la Louisiane a jugé le contraire en se fondant sur l'autorité de Voet et de tous les statutaires. En ce qui concerne Voet, elle s'est certainement trompée.

199. Cette enquête confirme la conclusion de Story : la plupart des statutaires étaient d'avis que la loi du contrat était celle du lieu où le payement devait se faire; de sorte que l'intérêt stipulé selon la loi de ce lieu était licite et valable, alors même qu'il eût été plus élevé que celui du lieu où le contrat était passé. Autre est la question de savoir si l'opinion des statutaires, ainsi interprétée, est fondée sur les vrais principes. Bar fait une objection qui, dans l'esprit de l'ancien droit, me paraît péremptoire (2). La doctrine des légistes implique que le taux de l'intérêt dans la constitution de rente dépend des conventions. Dans l'ancien droit, cela pouvait se soutenir : l'intérêt était prohibé, mais la rente foncière n'était pas considérée comme un prêt. Le taux de la rente pouvait varier d'après la volonté des parties contractantes. Mais ce n'était là qu'une fiction; en réalité, les arrérages étaient des intérêts; donc là où le taux de la rente était fixé, il ne pouvait être dépassé sans usure; tout taux supérieur étant illicite, il ne dépendait certes pas des parties de stipuler

(1) J. Voet, *Commentar. ad Pandectas*, XXII, 1, 6.
(2) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 256 et suiv.

un intérêt usuraire, dès lors l'autonomie était hors de cause. En tout cas, on ne peut pas se prévaloir de l'opinion des statutaires dans le droit moderne. Il ne peut plus être question d'autonomie là où il y a une prohibition fondée sur l'ordre public.

N° 3. LA DOCTRINE MODERNE.

I. *Théorie de l'usure.*

200. La loi du 3 septembre 1807 fixe un taux de cinq ou de six pour cent, que l'intérêt conventionnel ne peut excéder. Tout intérêt supérieur est illicite, et, comme tel, frappé de nullité; pour mieux dire, on applique le principe établi par l'article 1131. La convention ne peut produire aucun effet : a-t-elle été exécutée, le créancier doit restituer les intérêts illicites qu'il a touchés, et si la convention n'a pas été exécutée, elle ne peut l'être que dans les limites de l'intérêt légal.

Quel est le caractère de cette loi? Savigny répond que c'est une de ces lois prohibitives ou coactives qui forment un statut réel, en ce sens qu'elles obligent tous les habitants du territoire, et qu'elles excluent l'application de toute loi étrangère qui y serait contraire (1). Dans le système de la loi de 1807, cela me paraît incontestable. Le législateur a voulu empêcher l'usure, et il répute usure le fait de prêter habituellement à un taux qui excède le taux de cinq ou de six pour cent. L'usure est un délit; la loi le punit, et pour l'empêcher, elle déclare nulle, inexistante la stipulation d'un intérêt qui excède le taux légal. La loi de 1807 est donc une loi de police, et il a toujours été reconnu que les lois de police sont réelles.

201. Si le principe est incontestable, il n'en est pas de même des conséquences qui en découlent. La première, dit Savigny, est qu'une convention usuraire ne peut avoir aucun effet dans le pays où l'intérêt qui dépasse le taux légal est illicite. Qu'importe que les parties soient étran-

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 276.

gères et que leur statut personnel autorise un intérêt supérieur à celui que la loi française permet? Le caractère des lois prohibitives d'ordre public est précisément de l'emporter sur toute loi étrangère qui y serait contraire. Cela est admis dans tous les systèmes. Si les étrangers qui ont fait une convention usuraire habitent la France, on leur applique l'article 3, qui soumet aux lois de police tous ceux qui habitent le territoire. Si le prêt a été contracté dans un pays étranger, dont la loi abandonne le taux de l'intérêt aux stipulations des parties contractantes, pourront-elles en poursuivre l'exécution en France? Non, car elles y rencontrent une loi d'ordre public qui ne permet pas au juge de prêter l'appui de l'autorité à une convention réputée illicite par la loi dont il est l'organe. Peu importe que la convention soit valable d'après la loi du pays où elle est intervenue; elle blesse l'ordre public français: cela est décisif. Vainement dirait-on que le législateur français s'est trompé, que la morale et l'ordre public sont hors de cause; qu'il y a seulement conflit entre deux lois dont l'une approuve ce que l'autre prohibe; que, dans ce conflit, on ne peut pas affirmer que la loi étrangère est immorale, et que la loi française seule est morale; le juge territorial répondra qu'il a le devoir d'apprécier les lois et les conventions étrangères, au point de vue de l'ordre public français et de la moralité française; qu'il y a une loi formelle, et qu'il ne peut, au mépris de cette loi, approuver une convention qu'elle déclare immorale et illicite.

202. Savigny déduit une seconde conséquence de son principe. Si, dans le lieu où les parties contractantes demandent l'exécution d'une convention stipulant un intérêt réputé usuraire d'après la loi du pays où est le siége de l'obligation, le juge, dont la loi admet la liberté de l'intérêt, devra exécuter ladite convention. Le statut est d'ordre public, qu'il défende l'intérêt usuraire ou qu'il l'autorise; donc il forme toujours un statut réel, obligatoire pour le juge, qui ne peut pas déclarer illicite une convention que sa loi territoriale répute licite. Savigny prévoit une objection puisée dans la doctrine traditionnelle. On admet

généralement que la loi du lieu du contrat régit les conventions, peu importe que cette loi soit celle du lieu où le contrat a été passé, ou celle du lieu où le contrat doit recevoir son exécution : dans toute hypothèse, la *loi du contrat* dépend de la volonté des parties contractantes qui sont censées s'y soumettre. Or, d'après cette loi, le contrat usuraire est nul, inexistant; dès lors le juge devant lequel on en demande l'exécution ne peut pas le réputer valable. Savigny repousse, dans l'espèce, la doctrine traditionnelle, parce qu'il est absurde de dire que les parties se sont soumises à une loi qui annule leurs conventions; cela prouve, au contraire, qu'elles n'ont pas voulu s'y soumettre : donc il faut écarter la volonté des parties et la *loi du lieu*, pour s'en tenir à la *loi du for*.

203. L'opinion de Savigny a été admise en France par d'excellents jurisconsultes, Duvergier, Demangeat (1). Mais elle a été combattue en Allemagne par Bar, en Suisse par Brocher, et la jurisprudence française s'est prononcée pour l'opinion contraire, enseignée par la plupart des auteurs. Nous allons d'abord entendre les adversaires de Savigny.

Savigny suppose que la loi du contrat permet la stipulation d'intérêts, sans aucune limitation du taux; tandis que la loi du for fixe un taux au delà duquel l'intérêt est réputé usuraire. Le juge ne pourra pas exécuter la convention faite en pays étranger, parce que la loi prohibitive de l'usure est d'ordre public. Bar objecte que la convention n'est pas usuraire ; là où le prêt s'est consommé, le prêteur aurait obtenu le même intérêt de tout emprunteur, et l'emprunteur aurait dû payer le même intérêt à tout autre prêteur. Donc, dans l'espèce, il n'y a pas d'oppression du pauvre par le riche, du faible par le puissant : partant, il n'y a pas d'usure à réprimer (2). Si l'on considère la convention au point de vue de la loi du lieu où elle a été conclue, cela est très vrai : l'usure est une fiction. Mais il faut se placer au point de vue de la

(1) Duvergier, *Du Prêt*, n° 313. Demangeat, sur Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p 252. Garnier, *De l'usure*, n° 73.
(2) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 258.

loi du for, où le prêteur demande l'exécution du contrat. Est-ce que la loi de 1807 considère l'usure comme une fiction? Elle présume, au contraire, que toute stipulation d'intérêts supérieurs au taux légal est usuraire. Cette présomption est légale au lieu du for : tout prêt est usuraire dès qu'il dépasse le taux légal. Comment veut-on que le juge exécute une convention que la loi du for réprouve comme l'œuvre de l'oppression? La conscience nationale flétrit les usuriers, et le juge leur donnerait l'appui de l'autorité publique! Quand la conscience de la nation est blessée, c'est une preuve que le statut est réel, et qu'il doit l'emporter sur toute loi contraire.

Bar insiste et dit que, dans l'espèce, l'oppression est imaginaire. La loi du for présume l'oppression, soit; mais où l'oppression a-t-elle été exercée? Ce n'est certes pas au lieu où l'on demande l'exécution de la convention usuraire; il n'y a là ni opprimé, ni oppresseur, il s'agit d'une convention étrangère, librement contractée, valable d'après la loi du lieu où elle est intervenue : comment l'emprunteur serait-il opprimé là où l'instance s'engage, alors qu'il ne l'était pas là où il a consenti en toute liberté? Je réponds que telle est la conséquence de la fiction de l'usure; il faut l'accepter avec le principe d'où elle découle. Dans un pays où la loi réprime l'usure, le juge peut-il dire que l'usure est imaginaire? Il n'a pas pour mission de juger la loi, mais de l'appliquer, et il l'applique en ce sens que l'usure étant réprouvée comme illicite, la loi qui la répute telle doit dominer toute loi étrangère. A ses yeux, c'est la loi étrangère qui consacre une fiction, elle suppose que le débiteur était libre; de fait il ne l'était pas, il a dû passer par les conditions qu'un créancier avide lui a imposées en abusant de sa détresse.

Bar objecte que la présomption d'oppression est souvent démentie par les faits. L'emprunteur va au-devant de la convention, il la sollicite comme une faveur; ne présentant aucune garantie, il sait qu'il doit payer le risque que court le prêteur de n'être pas remboursé. Ou il spécule, il lui faut à tout prix de l'argent pour réaliser ses spéculations; s'il emprunte à dix pour cent, c'est qu'il compte faire

un bénéfice de vingt pour cent. Il s'est trompé ; viendra-t-il dire ensuite qu'il a été opprimé? Je ne continue pas ces suppositions : elles sont prises en dehors de la théorie de l'usure. La loi qualifie d'usure tout prêt qui dépasse le taux légal, quelles que soient les causes du prêt; on ne peut donc pas se prévaloir des circonstances dans lesquelles le prêt a été fait.

M. Brocher fait une autre objection. La théorie de l'usure suppose que tout prêt qui dépasse un certain taux est une convention usuraire, immorale, contraire à l'intérêt public. Mais cette théorie a été vivement attaquée par les économistes, qui la traitent de préjugé; et, de fait, la science l'a emporté dans la plupart des Etats de l'Europe : peut-on en France considérer comme immorale et illicite une convention qu'à ses portes en Italie, en Suisse, en Espagne, en Belgique, en Angleterre on répute morale et licite? Dès lors, le juge du for ne peut plus décider, d'une manière absolue, qu'une convention faite en pays étranger est immorale, parce que sa loi nationale la déclare telle. La loi française réprouve aussi le divorce, au nom de la morale et de l'ordre public; cependant elle respecte les divorces prononcés en vertu de la loi étrangère. Par la même raison, elle doit maintenir les conventions réputées usuraires en France si elles ont été consenties dans un pays où existe la liberté de l'intérêt. Rompre des conventions librement consenties est aussi une perturbation des relations civiles. Est-ce une chose morale que de permettre au débiteur de manquer à ses engagements (1)?

J'ai approuvé d'avance ce que dit M. Brocher. Mais n'est-ce pas l'économiste qui parle plutôt que l'interprète d'une loi positive? Je crois, comme lui, que les idées et les sentiments ont changé avec notre état économique. Il en résulte qu'il y a désharmonie entre la législation et l'état social. Donc il faut changer la loi, mais tant qu'elle existe, ne faut-il pas la respecter? Le respect que je professe pour la loi, même quand elle est mauvaise, m'oblige

(1) Brocher, *Droit international privé*, p. 357.

à me ranger à l'avis de Savigny. Il est vrai que, dans les débats sur le divorce, je me suis prononcé contre le préjugé qui le déclare immoral. Légalement il y a une différence. La loi de 1816 abolit le divorce, mais elle n'en fait pas un délit; tandis que la loi du 3 septembre 1807 fait plus que prohiber le prêt usuraire, elle le punit; or, les peines tiennent certainement à l'ordre public. Cela me paraît décisif.

204. La seconde conséquence que Savigny déduit de la réalité des lois répressives de l'usure donne lieu à de nouvelles objections. En Belgique, l'intérêt est libre; en résulte-t-il que nos tribunaux doivent déclarer valables les conventions usuraires faites en France, et nulles en vertu de la loi du 3 septembre 1807? Pour le décider ainsi, Savigny se prévaut du caractère de toute loi qui concerne le taux de l'intérêt : qu'elle prohibe les conventions usuraires ou qu'elle les valide, dans toute hypothèse la loi est d'ordre public, partant réelle. M. Brocher répond que la liberté de l'intérêt est une loi économique, étrangère à la morale. Si la loi belge permet aux parties de stipuler un intérêt quelconque, on n'en peut conclure que les lois des autres Etats blessent notre ordre public, en réputant usuraire l'intérêt qui dépasse le taux légal. La moralité est hors de cause. Donc le juge belge à qui on demande l'exécution d'une convention nulle n'a pas à s'enquérir de ce que statue sa loi nationale, il doit prononcer la nullité, car ce qui est nul d'après la loi du pays où l'acte s'est passé ne peut pas devenir valable, en Belgique, à raison d'une loi qui ne régit pas la convention. Le seul motif que l'on pourrait invoquer pour appliquer la loi territoriale à une convention étrangère, serait que la nullité est en opposition avec notre loi de liberté. Cette raison serait bonne si la liberté, dans l'espèce, était un de ces principes essentiels qui intéressent l'existence, la conservation ou le perfectionnement de la société. Or, personne ne dira que la loi qui proclame la liberté de l'intérêt ait cette importance pour la Belgique ou pour tout autre Etat qui admettrait la liberté de l'intérêt. Notre loi permet à tous ceux qui habitent la Belgique de stipuler librement le taux de l'intérêt;

cela suffit à notre liberté. Mais la liberté ne demande pas que nos tribunaux déclarent valables des conventions réputées usuraires en France (1).

On pourrait faire un autre reproche à Savigny, c'est d'avoir oublié le principe fondamental de sa théorie du droit international privé : la communauté de droit. Le principe implique que le juge saisi d'une contestation la décide comme aurait fait le juge du lieu où la convention a reçu sa perfection. Si, à raison d'une considération d'ordre public, cette convention est nulle en vertu de la loi sous l'empire de laquelle elle a été formée, elle doit être nulle partout, sinon, au lieu de l'unité du droit, nous aurons une diversité affligeante : une convention réputée illicite et immorale en France, sera validée en Belgique comme morale et licite! Il est vrai que Savigny fait exception à son principe de la communauté de droit, quand il s'agit d'une loi coactive ou prohibitive d'intérêt général; mais, dans l'espèce, il n'y a ni coaction ni prohibition, il y a une loi permissive qui est d'intérêt public dans un pays, tandis que dans un autre, on estime qu'elle serait contraire à l'intérêt général.

Les Anglo-Américains disent que c'est à chaque Etat de juger ce qu'il lui convient de concéder aux lois étrangères, au point de vue de sa police : dans l'état d'indépendance où vivent les peuples, chacun est juge souverain de ce qu'il lui convient de faire. L'Angleterre peut dire : « J'affranchis l'esclave qui met le pied sur mon territoire; il me convient aussi d'affranchir les parties contractantes des entraves que leur mettent les lois étrangères en validant ce que des lois étrangères annulent »; Et chaque Etat en peut dire autant. Le conflit est insoluble.

II. *La théorie de l'intérêt variable.*

205. La doctrine de Savigny n'a pas trouvé faveur en France. Aubry et Rau vont nous dire quelle est l'opinion généralement suivie par les auteurs et par la juris-

(1) Brocher, *Traité de droit international privé*, p. 358 et suiv.

prudence. Ils posent le principe en ces termes : « Les prêts faits en pays étranger sont, en ce qui concerne le taux de l'intérêt, exclusivement régis par les lois du pays où ils ont eu lieu, peu importe que le contrat ait été passé entre étrangers, entre étrangers et Français, ou même entre Français. »

D'après l'habitude de Zachariæ, dont ils conservent la *méthode*, les annotateurs ne motivent pas les principes qu'ils établissent. Cela se comprend pour un manuel que le professeur explique à ses élèves, et qui ne sert que pour l'enseignement. Mais quand le manuel devient un ouvrage en huit volumes, lesquels en forment au moins le double dans nos impressions françaises, les nombreux lecteurs ne seraient pas fâchés de trouver, dans l'ouvrage qu'ils aiment à consulter, les motifs des décisions qu'ils sont presque obligés d'accepter sur la foi de l'auteur, car les motifs, c'est tout le droit. Tel qu'il est formulé, le principe est une affirmation, et, en droit, on n'affirme pas, on prouve.

Après avoir posé le principe, Aubry et Rau en déduisent la conséquence suivante : « Lorsque le remboursement de pareils prêts est poursuivi devant un tribunal français, le juge doit allouer les intérêts stipulés conformément à la loi du pays où l'acte a été passé, bien que le taux en soit supérieur à celui que fixe la loi française (1). » Je vais mettre cette doctrine en regard de celle que les éditeurs de Zachariæ professent, dans le premier volume, sur le droit international privé (p. 105) : « Le juge français doit, sans s'arrêter ni au lieu où l'acte a été passé, ni à la nationalité des parties, repousser toute action fondée sur une convention qui serait *prohibée par la loi française*, ou qui serait *contraire à l'ordre public* ou *aux bonnes mœurs*, eu égard à la constitution et au sens moral de la nation française. » Je demande comment les auteurs concilient leur décision au tome IV avec leur principe du tome I[er]. Est-ce que l'intérêt dépassant le taux légal n'est pas *prohibé* en France par la loi du 3 septem-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 606 et suiv. de la 4e édition.

bre 1807? Et, en conséquence, le juge français ne doit-il pas s'en tenir exclusivement à ladite loi? Est-ce que l'intérêt usuraire n'est pas contraire à l'*ordre public* et aux *bonnes mœurs*, tels qu'on les concevait en 1807? et la loi n'est-elle pas aujourd'hui ce qu'elle était alors? Il y a au moins là un motif de doute puisé dans la doctrine même de Zachariæ et de ses annotateurs; où trouverons-nous la solution? Au tome IV, les auteurs disent, en note, que Duvergier et Demangeat sont d'un avis contraire, et qu'ils se fondent sur ce que la loi du 3 septembre 1807 est une loi d'ordre public que le juge est toujours tenu de faire respecter; ils répondent que cette proposition, *vraie* en ce qui concerne les prêts faits en France, est *complètement inexacte* en ce qui concerne les prêts faits en pays étranger. » Cependant, ils viennent de nous dire que le juge français doit appliquer la loi française dès qu'elle est *prohibitive*, sans s'arrêter *au lieu* où l'acté a été passé. La solution et le principe ne sont-ils pas contradictoires? Aubry et Rau, sans mentionner l'opinion qu'ils ont enseignée dans le tome Ier de leur excellent ouvrage, se bornent à dire : « Le législateur français, qui admet, aux colonies et en Algérie, un taux d'intérêt supérieur à celui de la France continentale reconnaît, par cela même, que les lois restrictives du taux de l'intérêt sont purement locales ou territoriales. » La réponse soulève un nouveau doute. La loi répressive de l'usure est de 1807 : est-ce que des ordonnances portées trente ans plus tard nous apprendront ce que pensait le législateur français sur l'usure au moment où il jugeait convenable de la réprimer? Les idées avaient bien changé depuis un tiers de siècle : on attaquait les lois restrictives de l'intérêt, on en proposait l'abolition au sein de la Chambre des députés. En tout cas, on ne peut se prévaloir de ce qui se fait aux colonies pour modifier le caractère d'une loi portée sur le continent. Et si le législateur français trouve bon de dire en 1830 et en 1840 le contraire de ce qu'il a dit en 1807, on n'en saurait conclure que ce qu'il a dit en 1807 n'a plus aucune autorité. Bref, l'argumentation cloche.

206. Nous allons entendre un auteur qui est plus

long dans ses développements; pour donner plus d'autorité aux objections de Troplong, je vais les transcrire telles que les a résumées M. Bertauld, aujourd'hui procureur général à la cour de cassation. Il pose la question en ces termes : « La loi française qui limite le taux de l'intérêt a-t-elle ce caractère *obligatoire absolu* qui est *plus fort* que *tous les contrats*, et qui *arrête leur exécution en France*, quelle que soit la nationalité de ceux qui les ont souscrits? Savigny, Duvergier et Demangeat l'affirment. Cela peut paraître bien rigoureux, aujourd'hui que la grande majorité des publicistes et tous les économistes réclament l'abrogation de la loi du 3 septembre 1807. Cette considération paraît avoir entraîné Troplong. « Le taux de l'intérêt, dit-il, au delà duquel il y a usure, varie suivant les pays, et se combine avec la richesse publique, avec la cherté et l'abondance du numéraire. Ce taux n'a été fixé en 1807 que pour la France et en vue d'une situation spéciale (1). » Nous retrouverons ces considérations dans la jurisprudence. M. Bertauld dit qu'elles prouvent trop (2). Elles prouvent que la loi de 1807 est mauvaise, parce qu'elle ne pourrait pas plus s'appliquer à toutes les circonstances et à toutes les situations qu'à tous les lieux. En un mot, il faut dire, avec Troplong, que le taux de l'intérêt est, par sa nature, variable, qu'il ne doit subir que la loi du marché, et qu'à tort on a fait pour lui une exception au grand principe de la liberté des contrats. C'est le langage de l'économie politique; donc ce n'est pas la pensée de la loi de 1807, puisque les économistes attaquent cette loi et en demandent l'abrogation. Mais la loi n'est pas abrogée; peut-on lui faire dire le contraire de ce qu'elle dit au nom de principes que le législateur de cette époque ignorait ou qu'il répudiait? Le législateur de 1807 entendait faire une loi de moralité publique. Est-ce qu'en 1881 on viendra lui dire que sa loi n'a rien de commun avec la morale, qu'il faut l'interpréter par l'économie politique dont il ne voulait pas et qu'on lui impose mainte-

(1) Troplong, *Traité du Prêt*, n° 359.
(2) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 37, n°s 48-51.

nant? Si la loi est mauvaise, changez-la, mais respectez-la tant qu'elle existe.

207. L'opinion commune donne lieu à une autre objection. Fœlix examine la question au point de vue du droit international privé. J'ai exposé sa théorie sur les *effets* des contrats et les *suites accidentelles* qui en peuvent résulter. Il est certain que l'intérêt conventionnel est un effet du contrat, puisque c'est sous cette condition que le prêt est contracté. On doit donc appliquer à l'intérêt ce que Fœlix dit des *effets* en général, c'est qu'il dépend de la loi qui régit le contrat. Voici en quels termes il formule le principe : « Un des *effets* ordinaires de tout acte renfermant l'engagement de payer une somme d'argent est l'obligation d'en servir les intérêts. La question de savoir si ces intérêts sont dus, et à quel taux, se règle par la loi du lieu où le contrat est passé, ou du lieu fixé pour le payement, à moins que les parties n'aient adopté une autre loi à ce sujet (1). » De sorte qu'il y a trois lois : celle du lieu du contrat, celle du lieu du payement et celle que les parties ont adoptée. Laquelle de ces lois le juge doit-il appliquer? Cette théorie, si incertaine et si contradictoire, a été suivie par M. Massé, mort président à la cour de cassation, et il y mêle une nouvelle inexactitude, au moins de langage : « La question de savoir, dit-il, si une stipulation est licite ou illicite, se décide par la loi du lieu qui règle la *forme du contrat*, et, par conséquent, par la *loi du lieu* où le contrat est passé (2). » La *forme du lieu*, est-ce l'adage *Locus regit actum?* Qu'est-ce que cette règle a de commun avec la question de savoir si le contrat est *licite* ou *illicite?* Et peut-il s'agir, même en matière d'intérêts, d'une convention *illicite*, alors que Fœlix, dont M. Massé reproduit l'opinion, rapporte tout à l'autonomie des parties intéressées? Si par *forme du contrat* l'auteur entend les formes intrinsèques, la *loi du lieu* n'intervient qu'à titre de présomption pour établir la volonté probable des contractants, quand ils ne l'ont pas déclarée expressément ou tacitement; et je demande de nouveau si

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 251, 4e édition.
(2) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 516, no 614 (2e édition).

l'usure est une question de volonté? Au point de vue des principes de l'économie politique, oui; mais sont-ce là les principes que le législateur de 1807 a entendu consacrer?

Tout ce que l'on peut dire en faveur de l'opinion commune, c'est que la tradition française paraît être en ce sens, du moins en matière de rentes constituées. Boullenois et Bouhier admettent aussi l'autonomie des parties contractantes en ce qui concerne le taux des arrérages (n° 97); or, le prêt à intérêt a pris la place de la rente perpétuelle. Mais il y a toujours une différence radicale entre l'ancien droit et le nouveau; l'ordonnance de Blois réprouvait tout intérêt comme usuraire; si la pratique légitimait l'intérêt sous forme d'arrérages, c'est par une fiction, imaginée pour accommoder les nécessités de la vie avec les exigences de la perfection évangélique. Ainsi la tradition n'a donc pas l'autorité qu'elle paraît avoir. La législation moderne permet l'intérêt : le premier article du chapitre qui traite du prêt à intérêt est ainsi conçu : « Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt, soit d'argent, soit de denrées ou autres choses mobilières » (art. 1905). C'est le contre-pied de l'ordonnance. Le code civil allait même plus loin : l'intérêt conventionnel pouvait excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le prohibait pas (art. 1907). Cette loi prohibitive fut portée le 3 septembre 1807. Dès lors, tout intérêt dépassant le taux légal devint illicite, et, partant, il ne peut plus être question d'autonomie. On n'a qu'à lire la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat, sur le projet de code civil, pour s'en convaincre; elle annonçait la loi de 1807; la liberté de l'intérêt ne trouva que de rares défenseurs chez les économistes; les légistes, au contraire, parlaient de l'usure comme d'une calamité publique; je me borne à transcrire quelques paroles de Maleville, l'un des auteurs du projet de code civil : « On a dit que ce sont les *circonstances* qui font le *taux* de l'*intérêt,* c'est une *erreur*. Je viens de parcourir des départements ravagés par l'usure, et j'ai reconnu que le prix excessif de l'argent est bien moins l'ouvrage des circonstances que de la *cupidité* qui *abuse*

ı *besoin* (1). » C'est pour réprimer cette oppression de la ıisère par la cupidité que fut portée la loi de 1807 ; elle st donc essentiellement d'ordre public, ce qui exclut l'au- onomie. La doctrine qui admet l'intérêt variable est con- orme aux vrais principes de l'économie politique, mais ar cela même elle est en opposition avec la loi.

III. *La jurisprudence.*

208. Des Français peuvent-ils, à l'étranger, faire une ipulation d'intérêts qui dépassent le taux légal, et les ibunaux français doivent-ils maintenir ces conventions? a cour de Bordeaux a résolu la question affirmativement, ans même la discuter, et en motivant à peine sa décision. es époux français étaient domiciliés à la Nouvelle- rléans. A la suite d'une séparation de biens, le mari engagea à payer à sa femme la somme de 15,000 pias- es dans trois ans, avec l'intérêt de 10 p. c. Les époux evinrent en France; après la mort du mari, un procès engagea; l'une de ses filles, mariée, soutint, entre autres, ue l'intérêt devait être calculé d'après la loi française, i d'ordre public et obligatoire pour tous ceux qui iennent résider en France. La cour rejeta cette réclama- ion : « Attendu que les intérêts ont été fixés à 10 p. c. ar la convention du 26 novembre 1821 ; que ce taux est ermis par les lois de la Louisiane, où le contrat a été assé, et où les époux avaient fixé leur domicile; que cette tipulation, légale dans son principe, est devenue la loi es parties contractantes, et qu'elle doit avoir son effet ısqu'au payement de l'obligation contractée par le dé- ınt (2). » Pas un mot de l'objection puisée dans la loi de 807. A des arrêts non motivés je n'ai rien à répondre, ais aussi ils ne prouvent rien.

209. Une convention faite dans l'île de Chypre stipule ı intérêt de 12 p. c. par an, intérêt que les lois du pays ıtorisent. L'exécution de la convention est poursuivie en

(1) Séance du conseil d'Etat du 7 pluviôse an XII, n° 21 (Locré, t. VII, 271, édit. de Bruxelles).
(2) Bordeaux, 26 janvier 1831 (Sirey, 1831, 2, 178).

justice et admise, sur appel, par la cour d'Aix. Pourvoi. Le demandeur soutient que l'arrêt attaqué a violé la loi du 3 septembre 1807. En supposant, dit-il, que la stipulation, en pays étranger, d'intérêts à un taux supérieur à celui fixé par la loi française puisse avoir son effet en France, du moins les intérêts courus par suite de la demande judiciaire ne doivent être accordés par les tribunaux français qu'au taux légal. Un arrêt de la cour d'Aix avait admis cette distinction (1). La cour de cassation l'a rejetée. Il n'y a pas, dit-elle, de différence à établir entre les intérêts réglés par la convention, échus antérieurement à la demande, et ceux échus postérieurement. En effet, si les tribunaux français ne doivent, pour les intérêts moratoires, accorder que l'intérêt alloué par la loi française, il n'en doit pas être ainsi lorsque les intérêts ont couru, en vertu de la convention, au taux fixé entre les parties ; dans ce cas, ils doivent continuer à courir à ce taux jusqu'au payement. La distinction proposée par le pourvoi serait une violation de la convention qui fait la loi des parties (2). Si l'on admet le principe que les conventions licites à l'étranger doivent recevoir leur exécution en France, quoiqu'elles soient contraires à l'ordre public français, la cour a raison. Mais ne fallait-il pas d'abord établir le principe et le motiver avant d'en faire l'application? La cour n'en dit pas un mot. Il faut recourir à la note de l'arrêtiste pour apprendre que la stipulation d'intérêts faite, en pays étranger, à un taux qui excède l'intérêt licite en France, mais qui est admis dans le lieu où elle a été passée, doit recevoir son exécution en France ; la raison en est, dit l'auteur de la note, que « le taux fixé par la loi a *uniquement* pour base la situation spéciale de notre pays, et, partant, la loi française n'exclut pas un taux plus élevé adopté dans d'autres pays sous l'influence de circonstances différentes. » Où est-il dit que la loi de 1807 est une loi de circonstances?

210. Le premier arrêt qui discute la question de l'ordre public est de 1866. La cour de Bastia pose en prin-

(1) Aix, 14 janvier 1825 (Sirey, 1826, 2, 66. *Collect. Nouv.*, 8, 2, 7).
(2) Rejet, 10 juin 1857 (Sirey, 1859, 1, 751).

cipe que les conventions légalement formées sont obligatoires pour ceux qui les ont souscrites, à moins qu'elles ne blessent les lois, l'ordre public ou les bonnes mœurs. Puis la cour dit que, pour apprécier la validité d'une convention, il faut se placer au point de vue du pays où elle a été faite, et, dans l'espèce, l'intérêt de 18 p. c. était autorisé par la loi de la Nouvelle-Grenade, où la convention avait été conclue. Je m'arrête un instant, pour remarquer que le principe mis en avant par la cour est trop absolu; une convention parfaitement valable d'après la loi étrangère serait nulle en France si elle était en opposition avec l'ordre public français : les tribunaux français valideraient-ils la vente d'un esclave en supposant que cette vente fût valable d'après la *loi du lieu?* Non certes. Il fallait donc examiner le caractère de la loi de 1807. La cour de Bastia avoue le scrupule qu'elle éprouve d'exécuter une convention évidemment usuraire d'après la loi française; mais, dit-elle, la faculté de stipuler un intérêt quelconque étant une fois admise, il est tout naturel que, pour fixer le taux de l'intérêt, chaque pays tienne compte de sa situation, en fait de commerce et de crédit, de l'abondance et de la rareté du numéraire, des risques du créancier, des avantages que le débiteur peut retirer de la somme empruntée, en un mot, de toutes les causes qui influent sur le prix de l'argent; d'où il suit que la loi, en semblable matière, ne peut avoir que le caractère d'un règlement spécial, dont les dispositions varient selon les lieux et les circonstances, et ne s'élève jamais à la hauteur d'un de ces principes de morale absolue devant lesquels toutes les nations civilisées s'inclinent avec respect (1). C'est le langage de l'économie politique; ce n'est pas celui du juriste. Est-ce qu'une loi qui punit l'usure comme un délit, et qui prohibe, en conséquence, l'intérêt conventionnel quand il dépasse le taux légal, n'est pas une loi morale? La cour oublie que la prohibition de l'intérêt a commencé par être absolue; dans son principe, la réprobation de l'usure avait certainement un caractère moral, supérieur à toutes les

(1) Bastia, 19 mars 1866 (Sirey, 1866, 2, 255).

circonstances locales, puisqu'elle existait partout, et elle a conservé ce caractère là où elle a été maintenue.

Les éditeurs du *Recueil Sirey* avouent que la loi de 1807 est d'ordre public; mais ils ajoutent que les conditions de l'ordre public sont variables de pays à pays. Sans doute, mais pour juger si une convention peut être exécutée en France alors qu'elle est contraire à une loi française, c'est l'ordre public français qu'il faut considérer et non l'ordre public étranger. Une convention stipulant un intérêt de douze pour cent, dans un pays où cet intérêt est licite, blesse-t-elle l'ordre public français? On dit que le législateur français, qui ne connaît les conditions *économiques* que d'une région, ne peut avoir la prétention de poser une règle sous laquelle le juge français devrait faire plier les conventions intervenues en quelque région du globe que ce soit. C'est dire que « l'usure n'est pas un fait illicite qui trouve sa définition dans les données essentielles, immuables du droit et de la morale (1). » Toujours le langage de l'économiste : à ses yeux, l'usure est un droit, et les lois répressives de l'usure sont une erreur qui s'explique tout au plus par les circonstances accidentelles où se trouve un pays. Je demanderai si tel était le sentiment des Pères de l'Eglise, qui qualifiaient l'intérêt de vol et d'assassinat; et si les auteurs de l'ordonnance de 1579, qui prononce les peines les plus sévères contre ceux qui stipulent un intérêt quelconque, en le flétrissant du nom d'usure, étaient d'avis que l'usure n'est pas un délit moral par son essence? La loi de 1807 est le dernier débris d'une tradition séculaire : la réprobation de l'intérêt usuraire, quoique mitigée, a toujours le même caractère d'ordre public. La jurisprudence est imbue de l'esprit nouveau; elle procède de l'économie politique, voilà pourquoi elle ne comprend plus le caractère de la loi de 1807. Ecoutons la cour de Chambéry : « Attendu, quant aux intérêts, qu'ils doivent suivre le taux du lieu où l'obligation a été contractée (la Nouvelle-Orléans); qu'ils représentent le *loyer* de l'*argent* ou de la valeur fournie, *loyer* qui doit varier,

(1) Bordeaux, 22 août 1865 (Sirey, 1866, 2, 217 et note).

suivant les *lieux* ou la *rareté de l'argent*, ou le *risque couru* (1). » Rien de plus vrai, d'après les enseignements de l'économie politique. Faut-il demander si le législateur de 1807 a été à l'école des économistes?

211. L'application du principe consacré par la jurisprudence a donné lieu à une nouvelle difficulté. C'est la loi du lieu où le prêt est contracté qui détermine le taux de l'intérêt. Si le prêt est fait en France, il tombe sous l'application de la loi de 1807. Cela va sans dire si le prêt se consomme en France, c'est-à-dire si les deniers empruntés sont destinés à être employés en France. Mais que faut-il décider si le prêt, quoique contracté en France et par des Français, est destiné à des opérations commerciales que les emprunteurs font en pays étranger, où ils résident? Si l'on appliquait la loi du contrat, et l'adage *Locus regit actum*, invoqué dans les arrêts que je viens de rapporter, il faudrait dire que la loi de 1807 est applicable, et, par conséquent, annuler l'intérêt plus élevé qui a été stipulé, conformément à la loi du lieu où les deniers prêtés devaient être employés. La cour de cassation a jugé en sens contraire.

Deux négociants français résidaient à Rio de Janeiro; ils avaient un commissionnaire en France (à Briançon); un règlement, arrêté le 31 décembre 1858, constituait les frères Colomb, établis au Brésil, débiteurs envers Bonniard, de Briançon, d'une somme de 200,000 francs, que le créancier consentit à leur laisser, à titre de prêt, avec intérêt de neuf pour cent, taux du Brésil. Des contestations s'étant élevées entre les parties, les emprunteurs soutinrent que le prêt ayant été fait en France, entre Français, il fallait appliquer la loi de 1807 et réduire, par conséquent, l'intérêt à six pour cent. Le premier juge, et, sur appel, la cour de Grenoble, repoussèrent cette prétention. Il s'agissait de savoir quel était le vrai lieu du contrat, la France, où la convention avait été passée, ou le Brésil, où les deniers devaient être employés. J'ai dit, en exposant l'opinion des anciens statutaires, qu'ils se pronon-

(1) Chambéry, 12 février 1869 (Sirey, 1870, 2, 9).

çaient généralement pour le lieu de l'exécution du contrat. Mais qu'entend-on par *exécution?* Est-ce le lieu où l'emprunteur reçoit les deniers, ou est-ce celui où il les emploie? Le tribunal de première instance se prononça pour cette dernière opinion. Il constate d'abord que l'intérêt, au Brésil, est de neuf pour cent, et même de douze pour cent en matière de commerce. Or, dans l'espèce, l'arrêté de compte avait eu lieu, à la vérité, à Briançon, où résidait l'un des contractants, mais le capital dû par les frères Colomb à Bonniard provenait du commerce qu'ils avaient fait jusque-là au Brésil; il se trouvait en possession des débiteurs à Rio de Janeiro, exposé à tous les risques du pays, et devait, par conséquent, produire l'intérêt proportionné à ces risques, suivant l'usage local. Il est certain, comme le premier juge le dit, que si Bonniard, au lieu de laisser son argent chez les frères Colomb, l'avait placé chez d'autres négociants ou chez un banquier de Rio de Janeiro, il en aurait tiré un intérêt supérieur à celui que les emprunteurs s'obligeaient à lui payer; ceux-ci étaient donc très intéressés à garder ces fonds à neuf pour cent, car ils auraient dû en payer douze s'ils avaient emprunté ailleurs. Les demandeurs invoquaient la maxime *Locus regit actum;* je transcris la réponse que fait le tribunal; c'est la première fois que, dans les débats judiciaires sur le taux de l'intérêt, je rencontre une saine appréciation de ce fameux adage: « L'axiome, dit le jugement, s'applique principalement aux formalités extrinsèques des actes; il ne peut donc pas entacher d'usure une convention qui, bien que conclue en France, avait trait uniquement à des opérations commerciales consommées en pays étranger; et à un règlement de sommes dues qui devaient continuer à y être employées pour les besoins d'un commerce lointain et périlleux. »

Pourvoi en cassation fondé sur la violation de la loi du 3 septembre 1807, la cour de Grenoble ayant donné effet à une convention manifestement usuraire. Le pourvoi fut admis par la chambre des requêtes, mais rejeté par la chambre civile, après délibéré en chambre du conseil, et sur les conclusions contraires de l'avocat général Blanche. Je transcris les motifs : « Attendu, en droit, que la loi

du 3 septembre 1807 ne régit les contrats de prêt d'argent qu'autant que le prêt a été *réalisé en France.* » Cela peut se soutenir, et tel est aussi l'avis de Bar et de Brocher (1). Mais il y a un motif de douter, et il est grave. L'intérêt qui dépasse le taux fixé par la loi de 1807 est illicite; le juge français peut-il admettre la validité d'une clause que la loi française prohibe sans distinction aucune? Si le fait de prêter à intérêt à neuf pour cent est licite pour qu'il se réalise à l'étranger, il faudra en conclure que l'habitude de prêter à un intérêt usuraire, en France, ne constituera pas le délit d'usure si ces prêts ne se réalisent pas en France. Cela se comprend dans le système de l'intérêt variable, cela se concilie difficilement avec le système de la loi de 1807. En tout cas, il valait la peine de motiver la décision.

« Attendu, en fait, que si la convention de 1858 a été souscrite en France, le prêt dont elle réglait les conditions n'était réalisable et ne s'est réalisé qu'au Brésil; que là se trouvait, entre les mains des frères Colomb, la somme due à Bonniard par suite de ses opérations antérieures comme commissionnaire desdits frères, et qu'il consentait à leur prêter; que le prix s'est ainsi trouvé régi, quant au taux de l'intérêt, par la loi brésilienne (2). » La cour paraît attacher une grande importance à ce fait que la somme prêtée se trouvait entre les mains des emprunteurs, au Brésil. Cette circonstance me paraît indifférente si l'on admet le principe de la cour. Quand même l'argent aurait été dans les mains du prêteur, et que les deux parties eussent été domiciliées en France, il faudrait encore décider que la convention n'est pas usuraire, quoique l'intérêt fût de neuf pour cent, si les fonds prêtés devaient être employés dans un pays étranger, où l'intérêt conventionnel est à ce taux.

IV. *La fraude.*

212. Dans la théorie de l'usure, la fraude est permanente; en France, l'ordonnance de 1579 prohibait toute stipulation d'intérêt comme usure, ce qui n'empêchait pas

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 255 et suiv. Brocher, *Droit international privé*, p. 360 et suiv.
(2) Rejet, chambre civile, 21 décembre 1874 (Sirey, 1875, 1, 78).

le prêt à intérêt d'être usuel. Cette habitude de frauder la loi devait vicier les consciences. Boullenois pose en principe que le taux de l'intérêt est légitime, quant aux rentes, dès qu'il est conforme à la loi du lieu où le contrat a été passé. Il ajoute : « Je croirais que cela aurait lieu, encore que les parties eussent, de dessein prémédité, contracté dans un lieu plutôt que dans un autre. Nous avons vu, de nos jours, qu'étant défendu de constituer des rentes à un taux plus fort que le denier trente, ceux qui voulaient emprunter à constitution au denier vingt envoyaient des procurations à Pontoise, du ressort du parlement de Normandie, où l'édit n'avait pas été enregistré (1). »

Bouhier est plus sévère, et avec raison. Il y avait des parlements où le prêt à intérêt était usité, malgré l'ordonnance de 1579; en Bourgogne, au contraire, on appliquait l'ordonnance. Sera-t-il permis aux parties d'aller en Bresse, où le prêt à intérêt était licite, pour y contracter, alors que leur loi personnelle défend l'intérêt comme usuraire? Non, dit Bouhier; ce serait ouvrir la porte à la fraude. La même chose, dit-il, doit se pratiquer dans les contrats de constitution de rente. Si, au domicile du créancier le taux des intérêts est différent de celui du domicile du débiteur, la règle est de suivre ce qui se pratique dans le lieu où demeure le prêteur ; car c'est là que le prêt est censé fait, quoique l'acte en soit passé ailleurs. « Que dirons-nous, demande Bouhier, du cas où tant le prêteur que l'emprunteur sont domiciliés dans une même coutume et vont néanmoins passer le contrat dans un lieu soumis à un statut où les intérêts sont plus forts? Il y a des gens qui croient que la stipulation d'intérêts sur le pied de ce statut sera valable, à moins qu'il n'y paraisse un *dessein formé* de fraude pour couvrir l'usure concertée entre les contractants. Pour moi, je crois le concert suffisamment prouvé par le seul fait, et suis persuadé qu'on ne saurait trop obvier à ces sortes de fraudes, qui ne sont que trop ordinaires en cas pareil (2). »

(1) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. II, p. 472.
(2) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXI, nos 193-196 (Œuvres, t. Ier, p. 612 et suiv.).

213. Les auteurs anciens sont unanimes pour excepter la fraude (1); je n'ai trouvé de dissentiment que chez Boullenois; encore faut-il remarquer qu'il parle de contrats de rente; la fiction étant que la constitution de rente n'était pas un prêt à intérêt, on aurait dû logiquement laisser aux parties la liberté de fixer le prix de la rente; le législateur était inconséquent en déterminant le taux des arrérages; il en résulta que les parties ne se faisaient pas scrupule d'imiter le législateur qui prohibait le prêt à intérêt et permettait aux contractants d'éluder la prohibition en stipulant un intérêt sous forme d'arrérages. Les auteurs modernes sont également unanimes. En France, le taux légal est de cinq pour cent, tandis qu'en Algérie, il est de dix pour cent. Si des Français se donnent rendez-vous à Alger pour éluder la loi de 1807, il est évident, dit Demangeat, que leur convention sera nulle, comme frauduleuse, mais s'ils y sont établis, ils profiteront de l'exception qui a été consacrée pour l'Algérie (2). Les Anglo-Américains abondent dans cette opinion. Il y a un arrêt en ce sens de la Haute Cour des Etats-Unis (3). J'aime à signaler cette unanimité, parce que des auteurs modernes ont nié qu'il y eût fraude quand les parties usent de leur droit; on n'a jamais le droit d'éluder la loi.

§ II. — *Les intérêts moratoires.*

214. L'article 1153 du code civil porte : « Dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du *retard* dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi. » C'est ce qu'on appelle les intérêts moratoires; ils ne sont dus que du jour de la demande.

Les intérêts moratoires peuvent différer d'un pays à l'autre. On demande quelle est la loi qui les régit? Boul-

(1) Voet, *Commentar. ad Pandectas*, XXII, 1. 6.

(2) Demangeat sur Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 251, note *a*. Comparez Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 517, n° 616 (2e édition).

(3) Phillimore, *Private international law*, p. 555, n° 715. Story, *Conflict of laws*, p. 365, § 304 *a*.

lenois pose à cet égard le principe suivant : « Si les droits qui naissent au profit d'un des contractants viennent à l'*occasion d'un contrat*, mais qu'ils naissent par une *cause nouvelle* et *purement accidentelle*, et *ex postfacto*, en ce cas, il faut examiner où cette *cause nouvelle* prend naissance, et c'est cette loi qu'il faut suivre, quand d'ailleurs les parties n'en ont pas valablement disposé autrement. C'est pourquoi, pour savoir quels sont les intérêts qui peuvent être encourus contre un débiteur, résultants de sa demeure, il faut suivre la loi du lieu où le payement devait se faire, parce que c'est là que les intérêts prennent naissance. » C'était l'opinion générale dans l'ancien droit. Boullenois cite Everard, jurisconsulte célèbre des Pays-Bas, et Stryk, légiste allemand (1).

Le principe de Boullenois tient à la distinction des *effets* directs et immédiats qui résultent des contrats, et des *suites* que l'on appelle indirectes. On suppose que ces dernières naissent d'une *cause nouvelle*. J'ai combattu, dans la partie générale de cette Etude, le principe et la conséquence que l'on en déduit quant aux dommages-intérêts qui naissent de l'inexécution du contrat (2). Ce que j'ai dit des dommages-intérêts, en général, s'applique aux intérêts moratoires. La demeure et les intérêts auxquels le créancier a droit ne sont pas une cause nouvelle, ou un effet qui se produit à l'occasion d'un contrat, effet que les parties sont censées n'avoir pas eu en vue. Certes, s'il y a une chose qui est inhérente au contrat, c'est son exécution ; par conséquent les parties ont dû prévoir aussi l'inexécution de leurs engagements. La demeure n'est pas une cause nouvelle qui se produit *ex postfacto* ; les parties l'ont eue en vue, en contractant ; donc la loi qui régit le contrat doit aussi recevoir son application à la demeure. Quelle est cette loi ?

Boullenois suppose que la loi dépend de l'autonomie des parties contractantes, puisqu'il ajoute que les parties *en peuvent disposer autrement*. Cela est vrai, en règle géné-

(1) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. II, p 477 et suiv

(2) Voyez le t. VI de ces Etudes, n°s 460-465.

rale, puisque les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134). Mais cette règle reçoit exception dans les obligations qui ont pour objet une somme d'argent, là où règne la théorie de l'usure. Dans l'ancien droit, qui réputait usuraire tout intérêt, on aurait dû logiquement prohiber aussi les intérêts moratoires. Mais, comme ces intérêts n'étaient pas stipulés et qu'ils servaient de peine contre le débiteur qui était en demeure de remplir ses obligations, les intérêts moratoires n'étaient pas réputés usuraires ; seulement ils ne pouvaient dépasser l'intérêt légal. De là la question de savoir si les parties pouvaient acquérir des intérêts plus forts en s'en rapportant à une autre loi qui admettait un taux plus élevé. Boullenois décide la question négativement, sur l'autorité de Godefroi : cela a été ainsi admis, dit-il, par haine de l'usure. Ainsi, un contrat fait à Paris, où l'intérêt est à cinq pour cent, ne peut stipuler, pour le cas de retard, que les intérêts seront payés d'après la loi de Capoue ; c'est l'exemple donné par Godefroi. La clause serait nulle à Paris, plus que nulle, inexistante, puisque ce serait une convention usuraire ; et n'ayant pas d'existence légale dans son principe, elle ne peut acquérir une efficacité qu'elle n'a point, le néant ne pouvant jamais avoir un effet juridique.

215. L'application du principe donnait lieu à une difficulté. Quelle loi fallait-il suivre quand le contrat n'indiquait pas un lieu pour le payement? Boullenois distingue s'il y a un jour fixé pour payer, ou si le prêt est payable à la volonté du créancier. Au premier cas, le terme fixé interpelle le débiteur; étant obligé, par la convention tacite, d'aller trouver le créancier pour ne pas encourir la demeure, c'est au domicile du créancier que la demeure est contractée ; partant, il faut suivre la loi du domicile du créancier. Il me semble que la conséquence ne témoigne pas pour le principe des *suites indirectes*. Peut-on dire que la demeure est contractée dans le lieu où le débiteur doit se présenter pour payer? Je ne puis me faire à l'idée que les obligations ont un siége matériel, ou que la demeure soit encourue au domicile

du créancier : ce ne sont pas les lieux qui déterminent les effets des obligations, c'est la volonté des parties. J'ajouterai que, dans notre droit moderne, il n'est plus exact de dire que le terme fixé interpelle le débiteur; le code civil (art. 1139) exige de plus une convention sur la demeure; et quand il s'agit d'une somme d'argent, il ne se contente pas de la demeure, il exige une demande judiciaire; il faudrait donc dire, dans la théorie de Boullenois, que la demeure est encourue dans le lieu où siége le tribunal, et conclure, en conséquence, que les intérêts moratoires dépendent de la loi du for. La conséquence serait en opposition avec la théorie même de Boullenois. En effet, la compétence dépend parfois de la volonté du créancier; or, la haine de l'usure, comme dit Godefroi, ne permet pas que le taux de l'intérêt soit plus élevé, au gré de la volonté du créancier qui porterait son action devant un tribunal où le taux serait plus fort.

Quand le prêt est payable à la volonté du créancier, c'est le créancier qui doit interpeller le débiteur, et lui faire connaître qu'il veut être payé. Dans ce cas, la demeure sera contractée au domicile du débiteur, et, par suite, il faut suivre la loi de ce lieu pour déterminer le taux de l'intérêt. Boullenois a-t-il pensé à la singulière conséquence qui en résulte? C'est que le débiteur, étant libre de changer de domicile, pourra choisir celui où les intérêts seront moins élevés, de sorte que le statut de l'usure dépendrait de sa volonté.

Boullenois prévoit l'hypothèse. Le débiteur qui doit être interpellé change de domicile, postérieurement au contrat : faudra-t-il régler les intérêts sur la loi du domicile au jour de l'engagement, ou sur la loi du domicile actuel? Il y a doute. On dira, pour l'ancien domicile, que les parties sont présumées s'être tacitement soumises à la loi du domicile subsistant pour lors; qu'un changement de domicile d'une ville, d'une province à une autre ne saurait se prévoir; qu'à la vérité, la juridiction est changée, mais que la loi qui doit régir les parties étant de convention présumée, elle est immuable entre elles. Voici ce que l'on disait pour le nouveau domicile : Non seulement la juri-

diction est changée, mais, par l'ordonnance de 1667, la partie devant être assignée en son nouveau domicile, c'est là que la demeure est encourue, et les intérêts n'étant dus qu'en vertu de la demeure, c'est la loi du lieu où se fait la demeure qui doit être observée; ce n'est pas le cas de présumer une convention pour la loi de l'ancien domicile, parce qu'on ne saurait raisonnablement présumer qu'un homme qui s'engage n'exécutera pas fidèlement son engagement; ainsi il faut prendre les choses comme elles se trouvent au jour de la diligence du créancier et du retard du débiteur. Boullenois se prononce pour ce dernier avis, avec une réserve, c'est qu'il n'y ait pas d'élection de domicile.

Chose remarquable, dans tout ce débat, Boullenois ne tient aucun compte de la nature de l'intérêt, réputé usuraire, dans l'ancien droit. Il rapporte tout aux conventions des parties, et fait dépendre le taux de l'intérêt d'une élection de domicile, oubliant ce que Godefroi avait dit de la haine de l'usure. Si tout est réglé par la volonté des parties, il faut, me semble-t-il, s'attacher à la convention, puisque c'est à ce moment que les parties déclarent leur volonté, soit expresse, soit tacite; et ce qu'elles veulent doit être immuable, puisque la convention leur tient lieu de loi. Mais peut-on, en cette matière, faire abstraction de la haine de l'usure? Si l'on considère l'esprit de l'ancien droit, les canons de l'Eglise et les ordonnances, la solution ne paraît plus douteuse, il faut décider que les intérêts moratoires sont une dépendance du statut réel, aussi bien que les intérêts stipulés par les parties. En définitive, on ne sait quel est le principe de l'ancien droit. Est-ce la haine de l'usure et, partant, la réalité de la loi, ou est-ce l'autonomie et, par suite, la personnalité? A s'en tenir aux prohibitions légales, il faudrait sans hésiter se prononcer pour la réalité. Mais les lois n'étaient qu'un vain mot, une vraie fiction. De là l'opposition entre le fait et le droit, et l'incertitude de la doctrine.

216. Les auteurs modernes sont divisés en ce qui concerne la loi qui régit les intérêts moratoires. Fœlix maintient la doctrine traditionnelle. Il pose comme prin-

cipe que la substance des conventions dépend de la loi du lieu où le contrat est devenu parfait. Ce principe admet une exception quand l'acte doit être exécuté dans un lieu autre que celui où il a été consenti; dans ce cas, tout ce qui est relatif à l'exécution de la convention, en d'autres termes, tout ce qui doit être fait après la passation du contrat, est régi par la loi du lieu du payement. Ainsi cette loi déterminera la demeure et l'obligation aux dommages-intérêts qu'elle entraîne. Fœlix donne comme motif de sa décision « la circonstance qu'en fixant un lieu pour l'exécution du contrat, les parties sont *censées* avoir voulu faire tout ce que prescrivent les lois de ce même lieu ». Ainsi la théorie des intérêts moratoires repose sur une présomption de volonté. Fœlix cite un grand nombre d'auteurs, anciens et modernes et de tous les pays, qui professent cette doctrine (1). Je pourrais leur demander d'abord ce qui leur donne le droit d'établir des présomptions? En droit français, il n'y a de présomption *légale* qu'en vertu d'une *loi spéciale*. Or, le code français ne s'occupe pas du conflit qui résulte de la contrariété des lois, ni de ce qu'il faut présumer quand les parties n'ont pas déclaré à quelle loi elles entendent soumettre leurs conventions, lorsqu'il y a contrariété de lois, notamment en ce qui concerne l'intérêt moratoire.

Il me reste encore un scrupule que j'ai déjà exprimé bien des fois dans cette matière. Une présomption de volonté implique que les parties ont le droit de vouloir. C'est bien là leur droit quand elles contractent. Mais l'autonomie reçoit des exceptions. Là où la loi considère comme usuraire l'intérêt dépassant le taux légal, il ne saurait être question d'autonomie. Le code civil lui-même la rejette dans le domaine du droit civil interne, en disposant (art. 1153) que les intérêts moratoires ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi. Il est donc défendu au juge de condamner le débiteur d'une somme d'argent à des intérêts moratoires plus élevés. Faut-il étendre cette prohibition au cas où les parties au-

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 231-233 (4e édit.), et p. 252, suiv.

raient adopté une loi étrangère allouant un taux plus élevé que l'intérêt fixé par la loi du 3 septembre 1807? Il me paraît certain que des Français ne pourraient faire une convention pareille, et je doute que les tribunaux français puissent condamner le débiteur à des intérêts moratoires excédant l'intérêt légal, en vertu d'une loi étrangère. Je crois qu'il faudrait appliquer dans ce cas ce que j'ai dit de l'intérêt conventionnel. L'article 1153, qui défend d'allouer un intérêt supérieur à l'intérêt légal, est une loi prohibitive d'ordre public, ce qui est décisif.

217. Story maintient pour les intérêts moratoires la loi du lieu où le contrat s'est formé. « C'est, dit-il, un principe général de la *common-law*, que cette loi gouverne les intérêts dans *tous les cas*. » Ces derniers mots se rapportent aux distinctions que Boullenois faisait et que Story venait d'exposer. Toutefois, il faut se rappeler que dans la doctrine du légiste américain, la loi du lieu du contrat n'est pas nécessairement celle du lieu où le contrat s'est formé; quand les parties ont stipulé que le payement se ferait ailleurs, c'est la loi de ce dernier lieu qui régira tout ce qui concerne l'exécution ou l'inexécution du contrat, donc aussi les intérêts moratoires. L'annotateur de Story (de la septième édition) ajoute que la jurisprudence s'en tient à la loi du *for*, qui peut ne pas être celui où le payement doit se faire (1).

Le jurisconsulte allemand Bar rejette également la règle du lieu du contrat, telle que Boullenois l'établit, parce que c'est une conséquence de la distinction des *effets directs* et des suites indirectes qui résultent des contrats, théorie que Bar combat. Toutefois il admet la loi du lieu du payement, lorsque les circonstances prouvent que telle a été la volonté des parties contractantes. Le créancier a stipulé que la somme prêtée lui serait remboursée dans un lieu où il en a besoin; si le débiteur manque à son engagement, le prêteur sera obligé d'emprunter dans le lieu où il comptait recevoir la somme qui lui est nécessaire; et il devra payer naturellement l'inté-

(1) Story, *Conflict of laws*, §§ 295, 296 et 296 *a*, p. 348 et suiv.

rêt usité dans ce lieu, intérêt qui peut être plus élevé que celui du lieu où le contrat a été passé. Bar suppose que les arrêts cités dans Story se rapportent à des circonstances pareilles (1). On voit combien il importerait de connaître en détail les décisions judiciaires que les jurisconsultes anglo-américains citent d'ordinaire en masse, sans indiquer les motifs. La jurisprudence, sans les motifs de droit et de fait sur lesquels elle est fondée, cesse d'être une autorité.

218. Il se présente encore une difficulté en matière d'intérêts moratoires. Un prêt fait en pays étranger à un intérêt réputé usuraire en France est considéré comme valable si la loi du lieu où le contrat est fait permet la stipulation. Le débiteur manque à ses engagements, le créancier le poursuit devant un tribunal français qui condamne le débiteur. Les intérêts sont-ils, dans ce cas, des intérêts conventionnels, et légitimes à ce titre, ou le juge territorial doit-il se conformer à la loi du 3 septembre 1807? La jurisprudence a décidé que les intérêts dus depuis l'instance ne laissent point d'être conventionnels. Je renvoie à ce qui a été dit dans le cours de cette Etude (n° 209).

§ III. — *Des intérêts légaux.*

219. Il y a des cas où les intérêts courent en vertu de la loi; le juge doit appliquer la loi non seulement quant à l'obligation de prester les intérêts, mais aussi quant au taux. La législation varie, sous ce double rapport, d'un pays à l'autre. Quelle loi le juge français doit-il appliquer? Est-ce la loi du for, le code Napoléon? Est-ce la loi du débiteur, ou celle du créancier, ou celle du pays où le fait juridique s'est accompli? Fiore se prononce, avec raison, pour ce dernier avis (2). Les motifs pour lesquels la loi fait courir les intérêts de plein droit ne sont pas toujours les mêmes; ils sont liés au fait juridique à raison duquel la loi accorde un intérêt, sans que les parties

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 258 et suiv.
(2) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 357 suiv., n° 261.

aient besoin de le stipuler. Il est donc très naturel que la loi qui alloue les intérêts soit appliquée par le juge français; si le fait juridique est régi par une loi étrangère, le juge français devra allouer les intérêts d'après cette loi, quand même la loi du for n'en allouerait pas; et dès que la loi étrangère est applicable, il doit aussi l'appliquer quant au taux de l'intérêt. Cela est certain dans la doctrine consacrée par la jurisprudence française. Si le juge français doit allouer les intérêts conventionnels, stipulés en pays étranger, quoiqu'ils soient réputés usuraires en France, il doit, par identité de raison, appliquer la loi étrangère quand les intérêts sont établis par la loi; en effet la loi, en accordant l'intérêt de plein droit, stipule pour le créancier, et la stipulation légale doit avoir la même force que la stipulation conventionnelle. Mais la décision n'est plus la même, si l'on considère l'intérêt comme une dépendance du statut réel. Dans mon opinion, la prohibition de l'intérêt excédant le taux légal est d'ordre public; par suite, le juge français ne peut jamais allouer des intérêts que la loi territoriale répute usuraires, peu importe que ces intérêts soient stipulés par les parties, ou alloués par la loi; la loi étrangère, dans le système de la réalité du statut, ne dépasse pas les limites du territoire. Alors même que l'étranger invoquerait son statut personnel, le juge français devrait écarter la loi qui accorderait des intérêts supérieurs au taux de la loi de 1807, parce qu'il ne lui est pas permis de prêter l'appui de la puissance publique à des lois qui sont en opposition avec l'ordre public français. Dans cet ordre d'idées, la loi étrangère n'aura aucun effet en France, quant au taux de l'intérêt, mais elle aura toujours cet effet que les intérêts seront dus, quand même la loi française n'en accorderait pas dans l'espèce; la raison en est que, dans le système du code civil, l'intérêt n'est pas illicite par lui-même; il ne le devient que lorsqu'il dépasse le taux légal.

220. Le tuteur doit les intérêts de plein droit quand il ne fait pas emploi de l'excédent des revenus sur la dépense, conformément à la délibération du conseil de famille

(art. 455); et quand il n'a pas fait déterminer par le conseil la somme à laquelle doit commencer l'emploi, il doit les intérêts de toute somme non employée, quelque modique qu'elle soit (art. 456). La tutelle, avec toutes ses dépendances, forme un statut personnel. Ce principe reçoit son application aux obligations du tuteur, concernant l'emploi des deniers pupillaires. De là suit que le tuteur d'un mineur étranger ne serait pas tenu des intérêts légaux, si la loi qui régit la tutelle ne contenait pas de dispositions analogues à celles du code Napoléon ; les garanties auxquelles le mineur étranger a droit, en ce qui concerne la gestion de son patrimoine, ne sont pas déterminées par la loi française, elles sont réglées par la loi nationale du mineur; donc, quand même le tuteur serait français, il ne serait pas tenu des intérêts, pour défaut d'emploi, si telle était la règle de la loi qui régit la tutelle. Par contre le tuteur du mineur devrait les intérêts, même en dehors des conditions déterminées par les articles 455 et 456, si telle était la loi de la tutelle; et il devrait les intérêts au taux de la loi nationale du mineur, quoiqu'il dépassât le taux légal en France.

D'après l'article 609 du code Napoléon, l'usufruitier est tenu, quant aux intérêts, des charges qui grèvent la propriété des biens dont il a la jouissance. Tels seraient une contribution de guerre, un emprunt forcé. Ces charges sont territoriales ; à ce titre, elles grèvent tous les biens situés dans le pays où elles sont imposées. De là suit que l'usufruitier en serait tenu, quand même il serait étranger, et que, d'après sa loi nationale, la charge devrait être supportée pour le tout par le propriétaire. C'est l'application la plus naturelle du principe établi par l'article 3, aux termes duquel les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française; bien entendu que les parties intéressées, le nu propriétaire et l'usufruitier, peuvent déroger à la loi en ce qui les concerne, et pour le règlement de leurs intérêts privés; ces dérogations dépendent de leur autonomie, et dans le silence de l'acte ou du contrat, on appliquerait au nu propriétaire et à l'usufruitier les présomptions établies

par la loi ou par les tribunaux pour déterminer la volonté des contractants ou des disposants.

On voit, par ces deux exemples, que l'intérêt légal n'est pas toujours régi par une même loi; il peut dépendre soit du statut personnel, soit du statut réel. Et c'est aussi le statut auquel est soumis le fait juridique qui détermine le taux de l'intérêt dont l'usufruitier est tenu. De sorte que le tuteur du mineur étranger pourrait être tenu en France d'un intérêt plus élevé que celui qui est déterminé par la loi de 1807; c'est l'application du principe consacré par la jurisprudence française.

221. L'obligation concernant les intérêts peut aussi dépendre des conventions, quoique la loi les règle. Aux termes de l'article 1652, l'acheteur doit l'intérêt du prix jusqu'au payement du capital, si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus. Ces intérêts courent en vertu de la loi, cependant ce n'est pas la loi qui les impose, comme dans le cas de tutelle; le législateur suppose que telle est l'intention des parties contractantes; l'acheteur ayant la jouissance, il est juste qu'il paye les intérêts du prix. Mais rien n'empêche les parties de stipuler que l'acheteur ne devra pas les intérêts; le vendeur trouvera un autre moyen de se dédommager, et la loi laisse aux contractants pleine liberté de régler leurs conventions comme elles le jugent à propos. De là suit que le vendeur et l'acheteur peuvent aussi se soumettre, à cet égard, à leur loi personnelle; si celle-ci contient des dispositions différentes, le juge français appliquera, dans ce cas, la loi étrangère, quoique les biens soient situés en France; le statut réel est hors de cause, puisqu'il s'agit de contrats dans lesquels l'autonomie domine, à moins qu'il ne s'agisse d'une disposition d'intérêt public, et l'ordre public est absolument étranger à la question de savoir si l'acheteur qui jouit des fruits doit ou non payer les intérêts du prix.

Il en est de même des intérêts que la loi fait courir en matière de communauté. L'article 1473 porte : « Les remplois et récompenses dus par la communauté aux époux, et les récompenses et indemnités par eux dues à

la communauté, emportent les intérêts de plein droit, du jour de la dissolution de la communauté. » Voilà des intérêts qui ne dépendent ni du statut réel ni du statut personnel. Il n'y a pas, en matière de communauté, de statut proprement dit, c'est-à-dire de loi qui s'impose aux époux, soit à raison de leur état, soit à raison de la situation des biens. En effet, l'article 1387 établit comme règle générale que « la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos ». Donc tout dépend de l'autonomie : je renvoie à ce que j'en ai dit dans la première partie de cette Etude. Le législateur ne fait exception à l'autonomie des parties que pour les dispositions qui seraient contraires aux bonnes mœurs, ou aux lois prohibitives d'intérêt public. Cela décide la question des intérêts des récompenses, dont les époux sont créanciers ou débiteurs. Tout dépend de leur volonté expresse ou tacite.

§ IV. — *Doctrine anglo-américaine.*

222. En apparence, les légistes anglo-américains restent attachés à la doctrine traditionnelle. J'ai dit, dans le cours de ces Etudes, que Story consacre de longs développements aux opinions enseignées par les statutaires ; il cherche à prouver qu'ils sont à peu près unanimes à enseigner que la loi du contrat signifie, en matière d'intérêts, la loi du lieu où le contrat doit recevoir son exécution. La cour suprême des Etats-Unis a jugé en ce sens pour les intérêts conventionnels. Si la cour de la Louisiane s'est prononcée pour la loi du contrat, c'est par une mauvaise interprétation d'un passage de Jean Voet.

En réalité la doctrine des légistes anglo-américains aboutit à la transformation, disons mieux, à l'abandon de la doctrine traditionnelle, sans que l'on puisse dire qu'ils soient infidèles à la tradition. Cela paraît contradictoire dans les termes. La tradition s'ouvre par le droit canonique qui prohibe toute stipulation d'intérêts comme un brigandage, comparable au vol et à l'assassinat. Et que disent les

légistes anglo-américains? Eux, si attachés à l'Ecriture sainte, ne disent pas un mot de la loi de Moïse qui défend aux Israélites de prêter à intérêt; pas un mot des imprécations que se permettent les Pères de l'Eglise contre les prêteurs. Ils ne parlent pas davantage de l'économie politique. Ce ne sont pas des théoriciens, ils ne connaissent que les *cas*, c'est la pratique qui inspire leurs décisions. Or, la vie réelle ignore les préjugés chrétiens : il n'y a pas de commerce sans crédit et il n'y a pas de crédit sans intérêts. Voilà une nécessité sociale qui domine la Bible et les Pères de l'Eglise; il n'est pas même besoin de savoir que l'argent est une marchandise et que l'intérêt est un loyer; l'instinct du commerçant lui dit que s'il veut trouver à emprunter, il doit payer l'intérêt que tout le monde paye; et que si, à raison du mauvais état de ses affaires, il n'offre aucune garantie au prêteur, il devra un intérêt plus élevé, sinon il ne trouvera pas de capitalistes assez imprudents pour lui confier leurs deniers. Voilà comment les besoins des relations commerciales ont fait tomber des préjugés qui ne s'expliquent, comme le dit Blackstone, que par les ténèbres du moyen âge où ils régnaient.

223. L'éditeur de la nouvelle édition de Story (1) a résumé dans les principes suivants la doctrine, pour mieux dire, la pratique anglo-américaine :

« 1° Si les parties font une convention dans un pays, pour être exécutée dans un autre, et que le taux de l'intérêt diffère d'après les deux lois, les contractants sont libres de stipuler l'intérêt de telle loi qu'il leur plaît de choisir, et régler ainsi par leur contrat la loi qui les régira sous ce rapport. » Ainsi autonomie absolue! Qu'est-ce que les canonistes auraient dit d'une pareille doctrine? Mais les canonistes se trouvent parmi les coupables : ce sont les gens d'église qui ont inventé les accommodements avec la perfection chrétienne, grâce auxquels on pouvait emprunter sous forme de rente, alors qu'il était strictement défendu de prêter à intérêt. Puis vinrent les commerçants qui soutinrent, et certes avec

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 365, § 304 *b* de la 6e édition, du juge Redfield.

raison, que le commerce était impossible sans le prêt à intérêt; enfin les légistes poussèrent l'indulgence jusqu'à permettre d'étendre et de frauder les lois qui fixaient un taux légal. Voilà une autre tradition favorable au relâchement, et le relâchement fit si bien son chemin, que la jurisprudence française trouve très licite de stipuler un intérêt usuraire en France, dès que l'argent doit être employé dans un pays où l'intérêt est plus élevé. De là il n'y avait qu'un pas à faire pour s'en rapporter entièrement à la volonté des parties.

« 2° Si le contrat parle des intérêts en général, sans en fixer le taux, on doit admettre que l'intention des parties est de s'en rapporter à la loi du lieu où le payement doit se faire, à moins qu'il ne résulte des faits et circonstances de la cause qu'elles ont entendu traiter en vue d'une autre loi. » Toujours l'autonomie; si, dans le silence absolu des contractants, on applique la loi du lieu où le payement doit se faire, c'est sans doute parce que l'on suppose que le créancier était intéressé à ce que la somme prêtée lui fût restituée au lieu du payement où il compte s'en servir.

3° « Si le contrat ne stipule aucun intérêt, et si le débiteur est en retard de payer, les intérêts moratoires seront dus au taux du lieu où le payement doit se faire; car on doit supposer que le créancier a choisi pour le payement le lieu où il prévoyait qu'il aurait besoin de la somme prêtée; le débiteur manquant à ses engagements, le créancier est obligé d'emprunter la somme qu'il comptait toucher, et il ne trouvera à l'emprunter qu'au taux du lieu; c'est cet intérêt que l'emprunteur devra payer pour le préjudice que son retard fait éprouver au créancier. »

Telle est la doctrine des éditeurs de Story. C'est la reproduction textuelle du commentaire sur les lois américaines de Kent. Le célèbre légiste y met une restriction qui est de droit, c'est que les conventions des parties soient faites de bonne foi; il réprouve la fraude à la loi. Sur ce point tout le monde est d'accord (1).

(1) Kent, *Commentaries on american law*, p. 623-625 (460 et 461) de la 12e édition.

LIVRE VI.

De la prescription.

CHAPITRE Ier. — Principes généraux.

§ Ier. — *Fondement de la prescription.*

224. Pour déterminer la loi qui régit la prescription, il faut, comme je l'ai fait dans tout le cours de ces Etudes, préciser la nature et l'essence du fait juridique, et comme les motifs c'est tout le droit, il faut avant tout rechercher les motifs sur lesquels la prescription est fondée. Les auteurs distinguent d'ordinaire entre la prescription acquisitive et la prescription extinctive (1). A mon avis, le motif qui justifie la prescription est identique, que ce soit un moyen d'acquérir ou de se libérer; c'est l'intérêt de la société, intérêt qui est aussi un droit, et c'est aussi ce droit de la société qui détermine la nature du statut, toutes les lois qui concernent la société étant réelles de leur essence. Je suivrai cependant la distinction que l'on fait généralement, parce que je ne puis pas me borner, dans une matière aussi importante, à formuler mon opinion; il faut que j'expose les raisons que les auteurs donnent à l'appui de leurs systèmes.

(1) Troplong, *De la Prescription*, nos 1-13. Leroux de Bretagne, *Nouveau Traité de la prescription* (Paris, 1869), t. Ier, nos 3-5).

N° 1. DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE.

I. *Des immeubles.*

225. Le code Napoléon admet deux prescriptions acquisitives, l'une par dix et vingt ans, l'autre par trente ans. Ces deux prescriptions ne concernent que les immeubles. Quant aux meubles, le droit français ne parle pas de prescription; et, en réalité, ce n'est que par exception qu'il y a une prescription pour les objets mobiliers. De là la distinction entre la prescription acquisitive des immeubles et celle des meubles.

Le code civil traite, dans une section à part, de la prescription acquisitive par dix et vingt ans. Je transcris l'article 2265, qui détermine les conditions de cette prescription : « Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble, en prescrit la propriété par dix ans, si le véritable propriétaire habite dans le ressort de la cour d'appel dans l'étendue de laquelle l'immeuble est situé, et par vingt ans s'il est domicilié hors dudit ressort. » Ainsi, dans le conflit entre le *véritable propriétaire* et le *possesseur* qui a un juste titre et bonne foi, la loi se prononce en faveur du *possesseur*, quand sa possession a duré dix ou vingt ans. Pourquoi le possesseur l'emporte-t-il sur le propriétaire?

On dit que la situation du possesseur qui a titre et bonne foi et qui possède pendant dix à vingt ans est plus favorable que celle du propriétaire; celui-ci est coupable de négligence, tandis que le possesseur a fait tout ce que la loi demandait de lui pour acquérir la propriété. Troplong insiste beaucoup sur la négligence du propriétaire. Le droit, dit-il, ne va jamais sans un devoir qui le limite. Or, le devoir du propriétaire qui voit qu'un possesseur occupe son héritage, et qu'il est en train de le prescrire, est d'agir pour le déposséder; il reste, au contraire, dans l'inaction, il laisse jouir le possesseur sans le troubler, il donne aux tiers la confiance que cette possession paisible est l'expression de la propriété; puis, quand des droits ont été acquis, que des liens nombreux se sont formés, il vient déposséder tous ceux qui avaient des droits appa-

rents dans le sol. Le droit de propriété qu'il met en avant doit échouer dans ses tardives réclamations. Par sa longue négligence, il a causé un préjudice au possesseur ; il doit l'en indemniser. Quelle sera l'indemnité qui compensera la dépossession ? Un dédommagement pécuniaire suffira-t-il ? Non, l'équité dit à ce demandeur tardif : « Cet héritage que vous avez *négligé* et *répudié*, abandonnez-le définitivement à celui qui, *mieux que vous*, en peut être appelé le *maître;* car, par votre longue patience du droit d'autrui, vous l'avez autorisé à s'en *croire propriétaire*. Possesseur paisible, il a *cultivé*, *amélioré*, avec une conscience de son droit que votre *abandon* a consacrée. C'est à lui que doit rester la chose. Elle a été consolidée entre ses mains par votre long *acquiescement*. »

Le propriétaire aurait bien des choses à répondre à ces reproches : « Vous m'accusez de négligence ; c'est oublier que j'ai le droit d'être négligent. N'est-il pas écrit dans vos textes que j'ai un droit absolu d'user ou de ne pas user, d'abuser même ? Où est donc ce prétendu devoir dont vous me parlez ? Celui qui use de son droit ne fait de tort à personne, à moins qu'il ne lèse le droit d'autrui, et où est le droit du possesseur que j'ai lésé ? De droit, il n'en a pas, puisqu'il veut seulement en acquérir un contre moi. *Maître*, il ne l'est point, c'est moi le maître ; et on m'exclut de mon héritage. Je viens déposséder le possesseur, sans doute, mais c'est encore mon droit. Vous dites que mon inaction a autorisé le possesseur à se *croire propriétaire*. Soit, mais celui qui se *croit* propriétaire doit-il l'emporter sur celui qui prouve qu'il *est* propriétaire ? Vous dites que j'ai *abandonné* mon droit, que je l'ai *répudié*, que j'ai *acquiescé*. Permettez-moi de vous répondre que ce sont là de vains mots : je n'ai rien abandonné, rien répudié ; loin d'acquiescer, je revendique mon droit, et je proteste contre l'expropriation dont je suis l'objet. De quel droit m'expropriez-vous au profit du possesseur, alors que votre Constitution dit que je ne puis être exproprié que pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité ? Or, vous n'invoquez aucune utilité publique, et au lieu de m'indemniser, vous voulez que moi

j'indemnise le possesseur du préjudice que lui cause ma négligence! Vous dites qu'il a cultivé. Soit, il a aussi perçu les fruits qu'il fait siens. Il a amélioré : s'il a fait de ce chef des dépenses, il a droit à une indemnité. Mais de ce qu'il a joui sans droit, ce n'est pas une raison pour que je lui abandonne ma propriété. »

La réponse me paraît péremptoire, tant que l'on concentre le débat entre le propriétaire et le possesseur. Il est certain que si le propriétaire est exproprié, il faut prouver que la loi a le droit de le faire; ce ne peut être qu'un droit supérieur à celui de l'individu, c'est-à-dire le droit de la société.

226. Que la société ait intérêt à ce que la prescription vienne consolider les possessions, cela est d'évidence. Les jurisconsultes romains en ont déjà fait la remarque. On lit dans les *Institutes* de Gajus (II, 44) que la prescription est une nécessité pour mettre fin à l'incertitude qui règne sur le droit de propriété. Quand une contestation s'élève sur la propriété, il n'y a d'autre preuve possible que la prescription. C'est pour cela que l'on a appelé la prescription la patronne du genre humain (1). Mais l'intérêt social ne suffit pas pour légitimer la prescription; je n'admets pas qu'au nom de l'intérêt général on viole le droit des individus, le respect du droit est le plus grand de tous les intérêts. Si la prescription est la patronne du genre humain, c'est qu'elle consolide les possessions en leur imprimant le caractère du droit.

Qu'est-ce que la propriété privée? Elle a commencé par une possession sans titre; en ce sens, Rousseau n'a pas tort de dire que le premier propriétaire a été un usurpateur. Mais on ne peut fonder la société sur une usurpation. Pour que la société fût possible, il a fallu que la longue possession devînt un droit. Enlevez cette base et tout devient incertain. Vainement remonterait-on d'acquisition en acquisition jusqu'au premier possesseur. Quel était le titre de celui-ci? Il n'en a pas d'autre que sa possession. Donc, après un certain laps de temps, la possession doit

(1) Le mot est de Cassiodore (Var. V, 37). Savigny trouve l'expression boursouflée, mais juste au fond (t. V. p. 272, note *k*.)

devenir le principe du droit de propriété. C'est plus qu'un intérêt pour la société, c'est une question d'existence, c'est-à-dire le plus fort de tous les droits.

Si la propriété peut se fonder sur la possession, elle peut aussi s'acquérir par la possession contre celui qui cesse de posséder. Il ne faut pas dire avec Troplong que le propriétaire abandonne son droit ; non, il entend bien le conserver, mais il s'est formé un autre droit plus fort que le sien, et qui doit l'emporter, c'est celui du nouveau possesseur, car il a précisément ce qui fait défaut au propriétaire dépossédé, la possession, premier fondement de la propriété. La société n'est-elle pas en droit de dire au propriétaire : « J'ai sanctionné votre possession en y attachant l'idée du droit, mais votre droit n'est toujours, au fond, qu'une possession que la loi reconnaît et confirme. Vous ne pouvez donc être propriétaire qu'à la condition de posséder. Si vous négligez de posséder et qu'un autre possède, votre droit n'a plus de raison d'être. Un nouveau droit se forme, que je dois respecter et consolider, comme dans l'origine j'ai respecté et consolidé le vôtre (1). »

227. Maintenant on comprendra le rôle que la négligence du propriétaire joue dans la prescription. Savigny l'explique très bien. La prescription, dit-il, n'est pas une peine attachée à la négligence. C'est dire que la négligence du propriétaire n'est pas la violation d'un devoir, d'une obligation ; la propriété est un droit absolu, le propriétaire n'a pas d'obligation. Mais quand il néglige d'exercer son droit, il ne peut pas se plaindre si la société l'exproprie en lui imposant ce sacrifice dans un intérêt social, intérêt qui est aussi un droit, puisqu'il s'agit de la conservation de la société. Toutefois, l'équité semble protester contre cette expropriation ; eh bien, la négligence du propriétaire dépossédé est une réponse à l'équité (2). Il tenait au propriétaire de conserver son droit

(1) Comparez Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 1 (Locré, t. VIII, p. 344, édit. de Bruxelles).

(2) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. IV, p. 305 et suiv. et t. V, p. 269 et suiv.

en agissant contre le possesseur. Il pouvait et il devait revendiquer son fonds ; la loi lui donne dix ans pour agir ; s'il reste dans l'inaction, il n'a plus le droit d'invoquer l'équité. La seule excuse qu'il puisse faire valoir, c'est qu'étant absent, il n'a pu veiller à la conservation de ses droits; eh bien, le législateur tient compte de cette excuse; quand le propriétaire n'est pas sur les lieux, il peut ignorer longtemps ce qui se passe sur son fonds; au lieu de dix ans, la loi lui en accorde vingt pour revendiquer. Si pendant un quart de siècle le propriétaire néglige ses intérêts à tel point qu'il ignore même que son fonds est possédé par un tiers qui prescrit contre lui, il aurait mauvaise grâce d'opposer l'équité au législateur qui use de son droit en veillant à la conservation de la société.

Cette considération a encore plus de force lorsque le possesseur se prévaut de la prescription trentenaire (art. 2265). Le possesseur, dans ce cas, n'a ni titre ni bonne foi ; sa situation ne mérite donc aucune faveur, elle est, au contraire, défavorable. Pourquoi, néanmoins, la loi se prononce-t-elle pour lui contre le propriétaire? Le droit de la société va en s'étendant, à mesure que la possession se prolonge. Trente ans, c'est la durée moyenne de la vie humaine; quand l'incertitude sur la propriété a duré pendant un tiers de siècle, il faut que la loi y mette fin; elle doit reconnaître comme propriétaire celui qui a possédé pendant toute sa vie. Le propriétaire qui, de son côté, est resté trente ans sans agir, une vie entière, est inexcusable; l'équité ne peut plus être écoutée, le droit de la société ne doit pas s'arrêter devant un propriétaire qui paraît ne pas savoir qu'il a un droit.

Il y a encore une autre considération qui milite pour le possesseur. On croit d'ordinaire que la possession trentenaire implique toujours la mauvaise foi, et il paraît inique que l'usurpateur, quelque longue que soit son usurpation, soit préféré au propriétaire. Cela n'est pas exact. Tout ce que dit l'article 2265, c'est que la bonne foi n'est pas requise pour la prescription de trente ans; elle peut donc profiter au possesseur de mauvaise foi. Mais l'usurpation

est un fait très rare, de même que la violence et les délits. D'ordinaire, le possesseur sera de bonne foi, mais il n'aura pas de titre, et, par suite, il ne pourra pas invoquer la prescription de dix à vingt ans. Est-ce à dire qu'il n'ait pas de titre? Cela supposerait qu'il s'est mis en possession sans droit, ce qui nous conduirait de nouveau à l'usurpation. Non, mais les titres s'égarent, se détruisent; même les hommes relativement diligents ne conservent pas leurs titres pendant une vie d'homme; le plus souvent la mort vient interrompre leur carrière, et l'ouverture d'une hérédité, les partages, les nouvelles familles qui se forment dispersent les actes, et la preuve testimoniale, rarement admise, finit par devenir impossible. On peut donc affirmer que si, après trente ans, la prescription est opposée, il a existé régulièrement un titre; de sorte que les conditions de la prescription générale de dix et vingt ans existent, mais l'une de ces conditions, le titre, ne peut être prouvée. En ce sens, Savigny dit que la prescription se fonde sur un titre présumé (1). Il ne faut pas prendre ces paroles au pied de la lettre; le célèbre jurisconsulte en fait la remarque; c'est une justification empruntée à l'équité, comme la négligence du propriétaire. La loi ne dit pas que le possesseur est présumé avoir eu un titre, elle dit qu'il n'est pas obligé d'en rapporter un, ce qui implique qu'il peut avoir existé un titre, et qu'il s'est égaré ou a été détruit.

II. *Des meubles.*

228. En droit français, il n'y a pas lieu, pour les meubles, à une prescription proprement dite. La question est cependant controversée. On s'est prévalu de l'article 2279 pour soutenir qu'il consacrait une prescription instantanée (2). A vrai dire, il y a une différence radicale entre

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. IV, p. 306 suiv., et t. V, p. 269.

(2) Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil*, t. VIII, p. 246 (n° I de l'article 2280). Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 823, n° 1985. Grenoble, 4 août 1838.

la maxime de l'article 2279 et la véritable prescription. La possession de l'article 2279 n'est pas une prescription; la loi ne la qualifie pas ainsi, et il y a un élément essentiel de la prescription qui fait défaut, c'est la durée. Il est de l'essence de la prescription acquisitive que le possesseur acquière par *un certain laps de temps;* le code le dit dans l'article 2219, qui définit la prescription, et il faut même croire que la *durée* de la prescription est la seule condition que la loi exige pour la prescription, sans doute parce que sans la durée la prescription ne se conçoit pas. Lors donc que le code parle d'une possession sans durée, il ne peut plus être question d'usucapion.

229. On a invoqué la tradition à l'appui du système que je combats. L'histoire prouve, au contraire, que la maxime traditionnelle est étrangère à la prescription. Le droit romain distinguait la possession et la propriété pour les meubles comme pour les immeubles; il permettait de revendiquer les choses mobilières, sauf au possesseur d'opposer l'usucapion de trois ans. Il en était autrement dans le droit coutumier. Les plus anciennes coutumes germaniques confondent, en matière de meubles, la possession et la propriété; elles n'admettaient pas la revendication des effets mobiliers contre un tiers possesseur. C'est sous l'influence du droit romain que l'usucapion des meubles s'introduisit dans les coutumes; toutefois, cette innovation répugnait au droit coutumier; elle fut toujours contestée. Pothier dit qu'il est incertain si la prescription est ou non admise, en droit français, pour les choses mobilières. La question se présentait rarement, continue Pothier, parce que le possesseur d'un meuble en est parmi nous réputé le propriétaire sans qu'il soit besoin de recourir à la prescription, à moins que celui qui réclame et s'en prétend propriétaire ne justifie qu'il en a perdu la possession par quelque accident, comme par un vol (1). L'article 2279 n'a fait que formuler cette doctrine; il admet l'usucapion de trois ans par exception quand il s'agit de choses volées ou perdues ; donc la règle est qu'il n'y a pas

(1) Pothier, *Coutume d'Orléans*, tit. XIV, Introduction, n° 4.

lieu à prescription en matière de meubles. Bourjon le dit dans son *Traité sur le droit commun de la France*. Il a un chapitre intitulé : *De la possession en matière de meubles et qu'elle vaut titre*. On y lit : « La *prescription* n'est d'*aucune considération*, elle ne peut être d'*aucun usage* quant aux *meubles*, puisque, par rapport à de tels biens, la simple *possession* produit tout l'effet d'un *titre parfait*. »

N° 2. DE LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE.

230. Toutes les actions, dit l'article 2265, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans. Quelle est la raison pour laquelle la loi déclare le créancier déchu de son droit en lui refusant l'action en justice? J'écarte d'abord les raisons qui ne prouvent qu'une chose, l'embarras des meilleurs jurisconsultes quand ils veulent justifier la prescription extinctive. Jean Voet dit que les procès ne peuvent être éternels, alors que la vie de l'homme est limitée à quelques années (1). Story, qui cite ce mot, le trouve singulièrement heureux; il ne prouve cependant rien. Qu'importe que l'homme soit mortel? Est-ce que cela l'empêche de transmettre ses droits à ses héritiers qui continuent sa personne? En droit, il faut dire que l'homme est immortel.

Un jurisconsulte allemand, l'un des meilleurs, Thibaut, a aussi son mot heureux : la prescription, dit-il, est établie pour donner du repos au juge (2). Le créancier à qui le juge dirait qu'il le déclare déchu de son droit parce qu'il doit se reposer, ne pourrait-il pas lui répondre : « Vous êtes payé, non pour vous reposer, mais pour juger, et si les procès vont en croissant, demandez au législateur qu'il augmente le nombre des juges, et, au besoin, qu'il établisse de nouveaux tribunaux. » Il y a cependant une part de vérité dans ce qui semble être une boutade. Supposez que les actions, depuis l'origine du monde, subsistent et se perpétuent, elles s'accroîtraient dans des

(1) Voet, *Commentar. ad Pandectas*, V, 1, 53, p. 328.
(2) Thibaut, dans Braun, *Erörterungen*, p. 58.

proportions telles, que l'on ne trouverait plus assez de juges, à moins que tout le monde ne le soit à tour de rôle, de sorte que la vie des hommes se passerait à se juger réciproquement.

Troplong trouve le fondement de la prescription extinctive dans la négligence du créancier, comme il a justifié la prescription acquisitive par la négligence du propriétaire. Et la prescription extinctive étant généralement de trente ans, l'incurie du créancier est encore plus grande que celle du propriétaire, puisqu'il a trente ans pour agir, tandis que le propriétaire est déchu quand le tiers détenteur a possédé pendant dix ans avec titre et bonne foi. Le créancier à qui l'on reproche d'être négligent ne pourrait-il pas répondre qu'agir pour lui est une faculté, et peut-on être déchu d'une faculté par cela seul que l'on n'en use pas? Troplong a essayé de transformer le droit du créancier en obligation, de sorte que le créancier devient débiteur. Qu'on veuille bien me dire quelle est la source légale d'où procéderait cette prétendue obligation : où est la convention, le quasi-contrat, le délit ou la loi qui produise une obligation à charge du créancier? C'est un fait dommageable, dit-on, que de ne pas agir, et il en est dû réparation(1). Troplong oublie que celui qui use de son droit ne cause pas de dommage, à moins qu'il ne lèse un droit; et où est le droit du débiteur que le créancier lèse en n'agissant pas? Serait-ce par hasard léser son droit que d'user de ménagement à son égard, en ne lui envoyant pas l'huissier le jour même où le débiteur devrait payer?

231. Il y a un vice radical dans ces explications : on cherche le fondement de la prescription dans des considérations de droit privé : sur ce terrain on ne parviendra jamais à justifier la déchéance dont le créancier est frappé pour n'avoir pas agi pendant trente ans. Bigot-Préameneu est plus près de la vérité quand il dit dans l'Exposé des motifs : « De toutes les institutions de droit civil, la prescription est la plus nécessaire à l'*ordre social.* » On

(1) Troplong, *De la Prescription*, n° 10.

objecte qu'elle peut blesser l'*équité* dans des cas particuliers. L'orateur du gouvernement répond : « La *justice générale* est rendue, et, dès lors, les *intérêts privés* qui peuvent être lésés doivent céder à la nécessité de maintenir l'*ordre social* (1). » S'il n'y avait que des intérêts lésés, la réponse serait péremptoire; mais le créancier a plus qu'un *intérêt*, il a un *droit*, et la loi l'en déclare déchu sans compensation aucune. Cela est injuste, et l'injustice ne se justifie pas par l'intérêt général.

Il faut dire que, de son côté, la société a plus qu'un intérêt, elle a aussi un *droit* à ce que les actions judiciaires soient limitées à un certain temps. Que l'on se représente une société où l'on pourrait faire valoir des droits qui datent de dix mille ans! Ce serait une cause universelle de trouble et de perturbation dans l'état des fortunes; il n'y aurait pas une famille, pas une personne qui serait à l'abri d'une action par laquelle sa position sociale serait remise en question. Comment les individus et la société pourraient-ils subsister dans une pareille anarchie? A celui qui se plaint qu'il est déchu d'un droit par la prescription, on peut répondre que cette même prescription le met à l'abri des obligations que lui ou ses ancêtres, depuis des milliers d'années, auraient contractées. Voilà la compensation de la déchéance qui frappe le créancier. Il y gagne la sécurité que le débiteur réclame contre lui.

En définitive, la prescription qui libère le débiteur est une condition d'existence pour la société, donc un droit essentiel, et ce droit domine les droits des individus. On peut dire aussi de la prescription extinctive ce que Savigny dit de la prescription acquisitive. La négligence du créancier y joue un rôle; il ne peut guère se plaindre quand il est resté trente ans sans agir. Et, d'ordinaire, celui qui a un droit utile a soin de l'exercer; si le créancier garde le silence, il est probable que son droit est éteint, et que le débiteur a perdu les preuves qui établissent sa libération, ou qu'il n'en a jamais eu. Ce sont

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 1 (Locré, t. VIII, p. 344 et 345).

des considérations secondaires qui répondent aux objections que l'on fait au point de vue de l'équité (1).

§ II. *Du statut qui régit la prescription.*

232. Quel est le statut qui régit la prescription? Quant à l'usucapion des immeubles, les auteurs anciens et modernes paraissent être unanimes à admettre qu'elle est soumise au statut réel, c'est-à-dire à la loi du lieu où les biens sont situés (2).

Sur quoi se fonde l'opinion commune? Les statutaires ont une réponse qui, pour eux, est décisive, c'est que toute loi concernant les immeubles est réelle, et cette loi est toujours celle de la situation, puisque c'est en cela que consiste la réalité. Mais quand on remonte à la raison des choses, la question n'est pas sans difficulté. Portalis, en exposant les motifs de l'article 3 du code civil, a rapporté la réalité des statuts à la souveraineté; cela suppose que la puissance souveraine est intéressée à la prescription. Or, la plupart des auteurs invoquent à l'appui de la prescription des motifs d'intérêt privé : c'est la négligence du proprietaire, dit Troplong, qui justifie la déchéance dont la loi le frappe; d'autres disent que c'est la faveur due au possesseur, au moins quand il a titre et bonne foi. Si tel était le fondement de l'usucapion, la puissance souveraine serait hors de cause : le propriétaire à qui l'on oppose la prescription de dix ans ne pourrait-il pas répondre que si sa loi nationale lui permet d'agir pendant trente ans, il a le droit d'être négligent pendant ce laps de temps? Alors naît la question de savoir si le juge doit décider d'après la loi personnelle du propriétaire ou d'après la loi du lieu où l'immeuble est situé. La décision dépend du motif sur lequel la prescription est fondée.

L'usucapion est d'intérêt public, et toute loi établie dans

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. IV, p. 307, et t. V, p. 269.

(2) Voyez les témoignages dans Schäffner, *Die Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 75, note 1, et dans Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 212, note 13, § 64.

un intérêt social domine les lois personnelles qu'on voudrait lui opposer. Qu'importe que, d'après la loi nationale de l'étranger, propriétaire d'un immeuble situé en France, le possesseur n'en pût prescrire la propriété que par un laps de trente ans? Ce n'est pas au législateur étranger de régler ce qui est de droit social en France, c'est au législateur du territoire. La loi sacrifie le droit du propriétaire au droit du possesseur, parce que le droit du possesseur se confond avec le droit de la société, qui ne pourrait exister sans la certitude et la stabilité des propriétés. Si tel est le fondement de la prescription, il est d'évidence que la prescription des immeubles est régie par la loi de la situation. La prescription acquisitive se fonde sur la possession. Après un certain laps de temps et sous certaines conditions, la possession devient une propriété, et le possesseur l'emporte sur celui que le code appelle le vrai propriétaire (art. 2265). Si la loi se prononce pour le possesseur, c'est que notre ordre civil repose sur la propriété et il n'y a point de propriété si elle est incertaine. La certitude de la propriété est donc une nécessité sociale. Qui doit régler la durée de la possession pour que l'usucapion transforme la possession en propriété? C'est l'Etat où les biens sont situés, qui a intérêt à mettre fin à l'incertitude de la propriété; c'est son existence qui serait menacée si la propriété restait incertaine; partant, c'est la loi territoriale qui doit régler la prescription, la durée et les conditions de la possession.

233. En droit français il n'y a pas, en général, de prescription pour les meubles; le possesseur est propriétaire, par cela seul qu'il possède. L'article 2279, qui établit ce principe, forme un statut réel, parce qu'il tient lieu de prescription pour les meubles. Il est vrai que l'on admet généralement, avec la tradition, que les meubles sont régis par le statut personnel; mais la règle n'est plus applicable lorsqu'il y a un intérêt social en cause (1). Or, la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre a été établie dans l'intérêt du commerce, et le commerce est

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, n° 173 *bis* et t. VII, n°s 234-238.

une condition de vie dans notre état social. Cela est admis par tout le monde.

Le droit français consacre l'usucapion mobilière, par exception, pour les choses volées ou perdues; j'y reviendrai. La prescription est toujours d'intérêt social, donc il faut admettre le statut réel de la situation pour toute espèce de biens. Les motifs mêmes pour lesquels le code civil établit la prescription exceptionnelle de trois ans pour les meubles volés ou perdus, comme je le dirai plus loin, tiennent à un intérêt général; l'exception est donc soumise au même principe que la règle.

234. Reste la prescription extinctive, sur laquelle il y a des débats sans fin. Je me borne pour le moment à reproduire le principe tel que je l'ai formulé dans l'avant-projet de révision du code civil; j'examinerai plus loin les divers systèmes.

L'article 26 de l'avant-projet est ainsi conçu :

« Les lois relatives aux droits de la société reçoivent leur application, quels que soient le lieu du contrat, la nationalité des parties intéressées et la nature des biens.

« Cette règle s'applique :

« 4° Aux lois qui régissent la prescription. La prescription acquisitive est régie par la loi de la situation des biens, et la prescription extinctive par la loi du lieu où l'obligation a été contractée. »

Pour déterminer la loi qui régit la prescription extinctive, je prends comme point de départ le motif sur lequel, à mon avis, cette prescription est fondée, c'est l'intérêt, pour mieux dire, le droit de la société. Or, quelle est la société qui est le plus intéressée à ce que les actions aient une limite certaine? C'est celle où l'action prend naissance, et elle naît avec l'obligation; c'est donc la loi du lieu où l'obligation se forme qui doit régler la prescription. On peut dire, par comparaison, que là est la situation de l'obligation, puisque c'est là qu'elle naît et qu'elle donne au créancier le droit d'agir; partant, c'est au législateur de ce lieu de déterminer la durée de l'action, la société étant intéressée à ce que l'action, dès qu'elle prend naissance, ait une fin certaine. Les parties ont le même inté-

rêt; le créancier doit savoir, au moment même où il stipule, quelle sera la durée de son droit, et le débiteur doit savoir quelle est la durée de son obligation; j'en conclus que la prescription fait partie de l'obligation. A ce titre, elle doit être certaine, comme tous les autres éléments de l'obligation, au moment même où le lien se forme. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens. Je citerai les arrêts plus loin.

CHAPITRE II. — Les divers systèmes.

SECTION Ire. — La prescription acquisitive.

§ Ier. *Des immeubles.*

235. Bouhier dit qu'il n'y a guère de matière où les coutumes s'écartent davantage du droit romain, et où elles varient si fort entre elles. De là un conflit nécessaire : on a demandé à quelle loi il fallait s'en rapporter quand les biens sont situés sous différentes coutumes. Sur quoi, répond Bouhier, on n'a jamais douté en notre parlement qu'à l'égard des héritages et des actions réelles la prescription ne dût se régler par la coutume de la situation des biens. Mais comme la question a souffert quelque difficulté au parlement de Paris, Me Boullenois a fait sur cela une savante dissertation, où, après avoir rapporté, avec une extrême exactitude, les raisons des sentiments différents, il se détermine enfin très judicieusement pour la réalité des coutumes (1). Il ne vaut pas la peine de renouveler le débat, puisqu'il est vidé. Je citerai seulement quelques traits de la dissertation dont Bouhier fait un si grand éloge, parce qu'ils confirment la doctrine que je professe dans cette Etude.

Boullenois commence par rapporter l'avis de Duplessis sur la nécessité et l'utilité de la prescription, ce que, dit-il, il explique fort noblement : « La prescription a été introduite par le droit et par nos coutumes pour le repos des

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXXV, nos 3 et 4 (Œuvres, t. Ier, p. 816 et suiv.).

familles et pour la *tranquillité publique* qui se trouve dans celle des particuliers; et parce que la malice des hommes les porte à se faire continuellement la guerre les uns aux autres, en se faisant des procès, qui sont en effet la véritable guerre des particuliers, n'y ayant que les souverains qui la puissent faire par les armes; on a voulu mettre des bornes de temps qui *assurassent les hommes dans la propriété de ce qu'ils possèdent* contre toutes prétentions légitimes ou non légitimes, et après lesquelles les procès ne pussent plus être intentés. Ainsi il est constant que *la prescription est de droit public;* de sorte que, quoique bien souvent elle fasse préjudice à des particuliers, et que l'on voie évidemment qu'elle soit contre un droit légitime, néanmoins on ne laisse pas de prononcer en sa faveur, pour garder la règle inviolable, parce que l'*intérêt du public prévaut à celui des particuliers.* »

C'est au fond la doctrine que j'ai enseignée au début de cette Etude. La considération de l'*intérêt public* en cette matière est si puissante que l'on peut dire que l'existence de la société est en cause. Duplessis dit très bien que les procès sur les domaines que les particuliers possèdent ressemblent aux guerres que les rois font pour la possession des provinces et des Etats. Que deviendrait la paix publique si les procès duraient toujours? Ce serait la guerre de tous contre tous, c'est-à-dire la dissolution de la société. Dans nos idées modernes, ce motif suffit pour justifier la prescription et pour déterminer la loi qui la régit. Quand il s'agit d'assurer la conservation de la société, c'est au législateur de chaque pays de pourvoir au meilleur moyen de mettre fin à la guerre intestine que les intérêts hostiles provoquent entre les hommes; donc c'est la loi territoriale qui domine toute autre loi. Les anciens auteurs ne procèdent pas ainsi; nous allons entendre Boullenois (1).

Il y avait trois avis. Les uns prétendaient qu'il fallait suivre la loi du domicile du propriétaire qui réclame son héritage. D'autres voulaient que l'on suivît la loi du domi-

(1) Boullenois, *Dissertations sur des questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes.* Troisième question, p. 63 et suiv.

cile du détenteur. D'après un troisième avis, on devait s'en tenir à la loi de la situation; c'est celui qui paraît le plus juste à Boullenois. Il part de ce principe que la demande en revendication est réelle et n'a pour objet que l'héritage; c'est l'héritage qui se défend par la bouche et par l'organe du détenteur. Or, d'où l'héritage peut-il emprunter ses défenses, si ce n'est de la loi dans le territoire de laquelle il est situé, et sous la protection de laquelle il est placé?

Viennent ensuite les témoignages. Boullenois cite d'abord les paroles de d'Argentré : Dès qu'il s'agit de choses du sol, c'est-à-dire d'immeubles, et que l'on demande par quelle loi les immeubles sont régis, la pratique est d'une certitude absolue; il faut suivre la loi du lieu où les héritages sont situés. D'Argentré ne donne pas même de motif à l'appui de son opinion (1); pour lui, c'est un axiome que toute coutume est réelle. Dumoulin s'énonce dans des termes tout aussi absolus : « Quand le statut dispose de la prescription ou de l'usucapion des choses corporelles, meubles ou immeubles, on a toujours égard, et sans distinction aucune, au lieu où la chose se trouve (2). » Boullenois ajoute : « Le concert de Dumoulin et de d'Argentré sur cette question est d'un grand poids; car d'ailleurs tout le monde sait que d'Argentré n'a pas trop ménagé Dumoulin dans quantité d'occasions. » Ce n'était pas rivalité de juristes, c'était contrariété de doctrines. Les chefs des deux écoles étant d'accord, il ne restait plus aucun doute.

236. S'il y avait eu controverse, elle a fini par cesser. Le Répertoire auquel Merlin a attaché son nom dit qu'à l'égard des actions réelles, la prescription s'en règle *bien constamment* par la loi du lieu où sont situés les héritages à la revendication desquels elles tendent. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Paris du 28 juin 1682 (3).

(1) D'Argentré, sur la *Coutume de Bretagne*, art. 218, gl. 6, n° 2.
(2) Dumoulin, sur le Code, *De Summa Trinitate*, v° *Conclusio de statutis, in appendice de Præscriptione.*
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Prescription*, sect. Ire, § III, n° VII (t. XXIV, p. 94 de l'édition de Bruxelles).

Merlin ajoute qu'il y a un arrêt en ce sens de la cour supérieure de justice de Bruxelles, formée en cour de cassation, du 5 juin 1818, qui, « attendu que le statut qui règle l'usucapion a tous les caractères d'un statut réel », décide que la prescription sur laquelle il prononce a été régie par l'ancienne législation du Brabant, dans laquelle les immeubles formant l'objet de ladite prescription étaient situés (1).

237. Pothier a résumé la doctrine traditionnelle avec la précision qui le distingue; comme les auteurs modernes ne s'occupent guère de la prescription des immeubles, je vais exposer ce que Pothier en dit. Il commence par poser le principe : « Les lois qui concernent les prescriptions par lesquelles nous acquérons la propriété des choses étant des lois qui ont pour objet les choses, ces lois sont des statuts réels, lesquels, suivant la nature des statuts réels, exercent leur empire sur toutes les choses qui y sont sujettes, à l'égard de toutes les personnes. » Le code civil a reproduit ce principe dans l'article 3; on voit par le témoignage de Pothier que le principe est absolu, matériel, en ce sens qu'il est indépendant de toute considération rationnelle.

Quelles sont les choses sujettes à la loi de la situation en ce qui concerne la prescription? Pothier répond : Toutes les choses qui ont une situation, telles que sont tous les héritages, tant les maisons que les fonds de terre, sont soumises à l'empire de la loi du lieu où est leur situation. Les droits réels que nous avons dans un héritage, tels qu'un droit d'usufruit, sont censés avoir la même situation que l'héritage, et sont pareillement soumis à l'empire de la loi du lieu où il est situé (2).

Le statut réel est celui de la situation, cela paraît d'évidence. Cependant je lis dans un excellent ouvrage : « S'il s'agit d'un immeuble, sa situation est au *domicile de celui qui oppose la prescription*, puisque la prescription suppose la possession, et que la possession détermine la situa-

(1) Bruxelles, 5 juin 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 114).
(2) Pothier, *De la Prescription*, n° 247.

tion (1). » Il y a ici un malentendu ; sans doute, si celui qui invoque la prescription possède par lui-même, le lieu de la situation se confond avec le domicile, encore vaut-il mieux s'en tenir à la situation, parce que le domicile, à la rigueur, peut différer de la situation des biens. Mais il arrive bien souvent que celui qui invoque la prescription possède par un tiers, locataire ou fermier ; est-ce à dire que, dans ce cas, la loi de la situation soit celle du domicile du possesseur ? La question n'a point de sens, car ce qui caractérise précisément le statut réel, c'est d'être indépendant du domicile. Ecoutons Boullenois : « On convient que le tiers détenteur ne prescrit qu'autant qu'il possède ; mais il est certain qu'il possède dans le lieu de la situation, encore même qu'il soit domicilié ailleurs, parce que le principe est que nous jouissons par ceux qui jouissent en notre nom, par les fermiers et locataires. Il est donc toujours vrai de dire que la possession est dans le lieu même de l'héritage (2). »

Pothier s'exprime dans le même sens, en donnant des applications du principe de la réalité du statut qui régit la prescription. La loi qui règle la prescription qui nous fait acquérir la propriété d'un héritage est la loi du lieu où l'héritage est situé. *Il n'importe où est le domicile*, tant *du possesseur qui acquiert* que *du propriétaire qui est dépouillé par la prescription.* » Pothier donne cet exemple : « Si j'ai possédé pendant dix ans, avec titre et bonne foi, votre héritage sous la coutume de Blois, qui admet la prescription de dix ans entre présents, et de vingt ans entre absents, quoique nous demeurions l'un et l'autre sous celle d'Orléans, qui n'admet que celle de trente ans, je l'aurai acquis par la prescription de dix ans, à laquelle il est sujet par la loi de la situation. »

Il résulte de là une conséquence assez singulière, c'est qu'il peut y avoir des prescriptions différentes pour les diverses parties d'un seul et même héritage. Pothier le constate : « Si les terres dépendantes de votre héritage que j'ai possédé pendant dix ans, avec titre et bonne foi,

(1) Massé, *Droit commercial*, t. I[er] n° 558, p. 456 (2[e] édition).
(2) Boullenois, *Dissertations*, p. 86 et 87.

étaient situées sous différentes coutumes, les unes sous la coutume de Blois, qui admet la prescription de dix ans, les autres sous celle d'Orléans, qui n'admet que celle de trente ans, j'aurai acquis, par la prescription de dix ans, les terres situées sous la coutume de Blois, et vous conserverez celles situées sous la coutume d'Orléans. Ces terres, quoiqu'elles composassent, par la destination du père de famille, un même héritage, sont néanmoins différentes les unes des autres; elles ont chacune leur situation différente; elles sont par conséquent soumises chacune aux différentes lois de leur différente situation, et rien n'empêche que vous puissiez être dépouillé, par la prescription de dix ans, des terres de cet héritage qui sont situées sous la coutume de Blois, et conserver celles qui sont sous la coutume d'Orléans; de même que vous auriez pu disposer, par vente ou par donation, des unes, en conservant les autres. »

238. La réalité du statut a des conséquences sur lesquelles il n'y a aucun doute. Aux termes de l'article 3 du code civil, les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Il s'ensuit que les étrangers qui possèdent des immeubles en France sont soumis à la loi française pour ce qui concerne la prescription acquisitive; ils les prescrivent et on les prescrit contre eux d'après la loi territoriale (1). La règle ne s'applique pas seulement au temps requis pour l'usucapion; il en faut dire autant de toutes les conditions, telles que le *titre* et la *bonne foi*. Sans ces conditions, il n'y a pas de prescription acquisitive par dix et vingt ans; donc dire que les étrangers sont régis par la loi française, c'est dire que pour prescrire contre le véritable propriétaire, ils doivent avoir titre et bonne foi. Ils pourraient invoquer la disposition de l'article 2269, d'après laquelle il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition, quand même ils seraient régis par le droit canonique qui exige la persistance de la bonne foi pendant tout le cours de la prescription.

(1) Gand, *Code des étrangers en France*, p. 492, n° 731.

Boullenois le décide ainsi. On pourrait objecter, dit-il, que ces conditions, notamment la bonne foi, sont personnelles. Peu importe, répond-il : quoique personnelles, elles ne sont que des conditions sous lesquelles l'exception de prescription est accordée ; la loi qui fournit l'exception doit la régir et déterminer les conditions sous lesquelles elle peut être acquise (1). Cela ne me paraît pas douteux : les conditions, c'est toute la prescription.

M. Bertauld s'exprime en termes plus absolus : La prescription acquisitive, dit-il, appartient exclusivement au statut réel (2). Si la loi personnelle de l'étranger excluait la prescription, pourrait-il néanmoins l'invoquer en France ? « Oui, parce que ce mode d'acquisition a moins pour objet les personnes que les choses auxquelles il tend à assurer, dans l'intérêt du crédit, un représentant certain, dont le titre, tout extérieur, résulte du fait extérieur de la possession. » On pourrait critiquer le motif : la solution me paraît certaine. Si la loi donne la préférence au possesseur contre le véritable propriétaire, c'est dans l'intérêt de la société, pour assurer sa tranquillité et sa conservation : ce statut-là domine toute loi personnelle.

M. Bertauld ajoute une restriction à la formule trop absolue que je viens de transcrire. Il admet que la prescription est influencée par la capacité de celui auquel elle est opposée : tel serait le mineur contre lequel la prescription ne court pas. Mais la prescription ne subit aucune influence de l'état de capacité ou d'incapacité de celui au profit duquel elle opère. La femme mariée, l'interdit, le mineur peuvent prescrire. C'est moins dans leur intérêt que la prescription s'acquiert que dans l'intérêt de la société. La minorité donne lieu à un doute, quand la prescription court contre le mineur.

239. Boullenois suppose que le mineur est domicilié dans une coutume où la prescription ne court pas contre lui, et qu'il possède un héritage dans une coutume qui n'admet pas la suspension de la prescription pour cause

(1) Boullenois, *Dissertations*, p. 85. Comparez Brocher, *Droit international privé*, p. 322.
(2) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. Ier, p. 46, n° 57.

de minorité. Telle était la coutume du Berry, qui ne reconnaissait qu'une prescription de trente ans, laquelle courait même contre les mineurs. Le mineur étranger ne pourra pas se prévaloir de son statut personnel; la raison en est, dit Boullenois, que l'exception de prescription est réelle et peut être proposée indifféremment contre les mineurs (1). Il y a une autre raison qui me paraît décisive. Quand une loi soumet à la prescription, même les mineurs, c'est qu'elle met l'intérêt général au-dessus de celui des incapables; dès lors les mineurs étrangers ne peuvent invoquer le privilége que leur donne leur incapacité; il serait plus que singulier que les mineurs étrangers fussent reçus à opposer leur intérêt à celui de la société, alors que les mineurs nationaux doivent sacrifier leur privilége à l'intérêt public.

La minorité présente une autre difficulté. Un mineur étranger possède un héritage dans un pays où la prescription ne court pas contre les mineurs, tandis que sa loi personnelle ne lui accorde pas ce privilége. En jouira-t-il en vertu du lieu de la situation? Dans la doctrine traditionnelle, l'affirmative me paraît certaine. Le statut de la prescription est réel, il ne tient aucun compte des personnes : si le statut défavorable au mineur peut lui être opposé, on doit admettre, par identité de raison, que le mineur étranger profite du statut réel quand il lui est favorable. On demande par quelle loi, dans ce cas, sera régie la minorité? D'après son statut personnel, le possesseur est encore mineur, tandis que, d'après le statut territorial, il serait majeur : pourra-t-il invoquer son statut personnel pour profiter de la suspension de la prescription? La question est controversée. Duranton et Bar se prononcent pour l'application du statut personnel; Gand, au contraire, veut que l'on applique le statut territorial (2). Je crois que le statut territorial est hors de cause dans l'espèce. Il ne s'agit pas de savoir si la suspension de la prescription profitera au mineur étranger;

(1) Boullenois, *Dissertations*, p. 89 et suiv.
(2) Gand, *Code des étrangers*, p. 494, n°s 734 et 735. Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 212.

sur ce point on est d'accord; il s'agit de savoir si la majorité est déterminée par la loi personnelle ou par la loi territoriale; et la solution de cette question n'est point douteuse, si l'on admet la théorie des statuts personnels, que j'ai suivie dans tout le cours de ces Etudes. Cela me paraît si évident que je crois même inutile de m'y arrêter.

§ II. *Les meubles.*

240. Pothier établit pour l'usucapion des meubles un principe différent de celui qu'il admet pour les immeubles. Il applique à la prescription la règle que l'on suivait généralement dans l'ancien droit, en ce qui concerne les meubles, à savoir que les meubles n'ont pas de situation; on leur reconnaissait une situation fictive, celle du domicile du propriétaire. Pothier en conclut que les choses mobilières sont régies par la loi qui régit la personne de celui qui en est le propriétaire, c'est-à-dire par la loi du lieu où est son domicile. C'est donc la loi de ce lieu qui en doit régler la prescription; et le propriétaire ne peut être dépouillé des choses qui lui appartiennent que par une loi à l'empire de laquelle il soit soumis (1).

Pothier enseigne cette doctrine comme un axiome, sans même mentionner le dissentiment de Dumoulin, à l'opinion duquel il se range d'habitude. Cependant Dumoulin s'exprime avec un ton de certitude absolue, il dit formellement que la prescription des meubles et des immeubles, sans aucune distinction, est soumise à la loi du lieu où ils se trouvent (n° 236). La raison que Pothier donne est loin d'être décisive. On ne peut pas dire que les meubles n'ont pas de situation en matière de prescription; elle est fondée sur la possession, or, la possession implique une situation réelle et non une situation fictive. Il est inutile d'insister, puisque, dans notre droit moderne, il est généralement admis que les meubles ont une possession, quand il y a un intérêt social en cause, et que, dans ces cas, c'est la loi de la situation qui régit les meubles (2). Cette considé-

(1) Pothier, *De la Prescription*, n° 251.
(2) Voyez le t. II de ces Etudes, n° 273 *bis*.

ration ne laisse aucun doute sur la loi à laquelle la prescription est soumise. Si l'on avait tenu compte de l'essence de la prescription, il n'y aurait jamais eu de controverse sur ce point.

241. En droit français, la question a peu d'importance. Le possesseur n'invoque pas la prescription, pour repousser l'action en revendication, il la repousse en opposant au demandeur le fait de sa possession qui lui tient lieu de titre. Toutefois le principe de l'article 2279 n'est pas aussi absolu qu'il paraît l'être. D'abord, pour qu'il y ait lieu à appliquer la maxime, il faut que l'action formée contre le possesseur soit réelle, c'est-à-dire qu'elle naisse de la propriété ou d'un démembrement de la propriété. Si le demandeur agit en vertu d'une action personnelle, naissant d'une obligation, comme créancier, son action est régie par l'article 2262, aux termes duquel toute action personnelle se prescrit par trente ans (1). Il s'agit, dans ce cas, d'une prescription extinctive; le défendeur n'oppose pas au demandeur qu'il est propriétaire, il oppose l'exception de prescription, fondée sur l'inaction du créancier pendant trente ans. Quelle est la loi qui régit la prescription extinctive? Je reviendrai plus loin sur cette question, la plus difficile qui se présente dans notre Etude.

Toute possession, fût-elle à titre de propriétaire, ne suffit point pour que l'article 2279 reçoive son application : il faut que la possession soit réelle et de bonne foi : ces conditions résultent de l'essence même de la maxime qu'En fait de meubles, la possession vaut titre. La possession doit être réelle, parce qu'il n'y a que cette possession qui implique que le possesseur peut disposer de la chose qu'il a sous la main; elle doit être de bonne foi, parce que la loi veut favoriser le commerce, dont la bonne foi est l'âme (2). Si la possession n'est pas réelle, ou si elle est de mauvaise foi, le possesseur ne peut pas se prévaloir de la maxime établie par l'article 2279; donc on rentre dans la règle qui permet au propriétaire ou à celui qui a un droit réel sur la chose, de poursuivre son droit

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXXII, p. 560, nos 544-546.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXXII, nos 555-561.

contre tout détenteur : c'est l'action réelle dont parle l'article 2262 ; n'étant pas limitée à un moindre laps de temps, elle aura la durée générale de toute action, c'est-à-dire trente ans. Je reviendrai plus loin sur la loi qui régit les actions réelles.

242. Enfin l'article 2279 ne s'applique pas à toute espèce de meubles. Il est de jurisprudence et de doctrine que la maxime En fait de meubles, la possession vaut titre ne reçoit d'application qu'aux meubles corporels et aux valeurs au porteur ; donc il est inapplicable aux meubles incorporels. J'en ai dit la raison ici même. (T. VII, n° 237.) Il suit de là que les créances peuvent être revendiquées, et comme la loi ne fixe pas de prescription spéciale pour cette action, elle reste soumise à la règle générale de l'article 2262. Je dirai plus loin quelle est la loi qui régit la prescription trentenaire des actions réelles. Ce principe reçoit exception quand les créances sont constatées par des titres au porteur. L'exception se justifie par les raisons qui ont fait établir la maxime qu'En fait de meubles, la possession vaut titre, les effets au porteur se transmettent de main en main, comme les meubles ; donc ils doivent être soumis au même principe. La jurisprudence est en ce sens (1).

Il y a donc des créances qui peuvent être revendiquées ; et pour lesquelles la prescription est de trente ans ; il y en a d'autres qui ne peuvent pas être revendiquées, le porteur en étant considéré comme propriétaire, et partant, il n'y a pas lieu à prescription. Les valeurs susceptibles de revendication et de prescription sont toutes celles que l'on appelle *nominatives* ; l'expression qui les désigne marque qu'elles appartiennent à une personne déterminée et qu'elles ne peuvent être transmises par le propriétaire à une autre personne que par l'accomplissement des formalités exigées par la loi ou par la convention (2). La revendication peut s'en faire dans le délai général de trente ans, sur lequel je reviendrai.

(1) Voyez les arrêts cités dans mes *Principes de droit civil*, t. XXXII, p. 586, note 1.
(2) Rejet, chambre civile, 4 juillet 1876 (Sirey, 1877, 1, 105).

243. Il y a encore une restriction importante à faire au principe de l'article 2279; c'est qu'il ne s'applique pas aux universalités juridiques, telles qu'une hérédité qui serait exclusivement mobilière. Quand les objets mobiliers qui la composent sont possédés par un héritier apparent, l'héritier véritable peut les réclamer par l'action en pétition d'hérédité; cette action dure trente ans, comme l'action en revendication; quoique la durée de la prescription soit la même, il faut se garder de confondre les deux actions. L'héritier qui agit contre le possesseur de l'hérédité n'agit pas comme propriétaire, il ne revendique pas; c'est la raison pour laquelle l'article 2279 est inapplicable. L'objet du débat est de savoir, non qui est propriétaire, mais qui est héritier; l'action dépend donc du droit héréditaire.

244. Tels sont les cas dans lesquels le principe de l'article 2279 ne reçoit pas d'application. Il y a des meubles qui, par leur nature, sont compris dans la maxime de cet article, mais que le code civil y soustrait par exception : ce sont les choses perdues ou volées. L'article 2279 porte : « Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve. » La loi suppose que le voleur ou l'inventeur ont aliéné la chose; s'ils la possèdent encore, ils sont tenus de la restituer au propriétaire, le voleur en vertu de l'obligation qui naît du délit, et l'inventeur en vertu du principe d'équité qui ne lui permet pas de s'approprier la chose d'autrui. Cette action personnelle du propriétaire dure trente ans, d'après la règle générale de l'article 2262 (1). L'action qui appartient au propriétaire, en vertu de l'article 2279 est une revendication. le demandeur agit comme propriétaire, donc contre tout possesseur qui possède à titre de propriétaire, ce qui implique que la chose ne se trouve plus dans les mains du voleur et de l'inventeur, que c'est un tiers qui la possède comme propriétaire.

L'action doit être formée dans les trois ans. C'est le

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. VIII, nos 461-466.

délai par lequel les meubles étaient usucapés en droit romain et dans les coutumes qui admettaient cette usucapion. En faut-il conclure que la prescription de trois ans établie par l'article 2279 est acquisitive? On admet généralement que la prescription est extinctive. Le texte de la loi est en ce sens : il porte que le délai commence à courir à partir du vol ou de la perte; donc le propriétaire ne peut plus agir dès que trois ans se sont écoulés depuis la perte ou le vol, quand même le détenteur de la chose ne la posséderait que depuis un jour. Cela exclut la prescription acquisitive, laquelle exige une possession continuée pendant le temps requis pour prescrire.

245. En définitive, le droit français ne connaît pas de prescription acquisitive en fait de meubles. La règle est que le possesseur est propriétaire par cela seul qu'il possède : ce qui exclut la prescription. Dans les cas où la règle n'est pas applicable, le propriétaire peut revendiquer, soit pendant trente ans, soit pendant trois ans, mais cette prescription est extinctive, elle n'exige pas que le défendeur ait une possession continuée pendant trois ans ou pendant trente ans.

Le droit français se trouve, sous ce rapport, en conflit avec les législations étrangères qui n'admettent pas la maxime qu'En fait de meubles, la possession vaut titre. En Allemagne, on suit le droit romain, qui admet une usucapion des meubles par le laps de trois ans; le droit prussien exige une possession de dix ans (1). De là naît la question de savoir quelle loi décide si une prescription est nécessaire pour acquérir la propriété d'une chose mobilière? Si c'est la loi française, il n'y a pas lieu à prescription ; si c'est la loi allemande, ou, en général, la loi romaine, il faut une possession de trois ans; et si c'est la loi prussienne, il faudra une possession de dix ans. Ces questions ne sont pas sans difficulté.

Un Prussien revendique une chose mobilière devant un tribunal français, contre un Prussien, ou contre un Allemand régi par le droit romain. Le défendeur peut-il lui

(1) Savigny, *Das heutige römische Recht*, t. VIII, p. 186.

opposer l'article 2279, ou doit-il prouver qu'il a prescrit la propriété par une possession de trois ou de dix ans? Il faut distinguer.

Si le défendeur a acquis la possession en France, l'article 2279 est applicable. J'ai dit, dans le cours de ces Etudes, que le principe qu'En fait de meubles, la possession vaut titre est un statut réel, d'intérêt public, donc applicable à toute personne, sans distinction de nationalité; si l'intérêt du commerce exige que la possession d'un meuble tienne lieu de titre, il en doit être ainsi quel que soit le possesseur, la loi personnelle est hors de cause. En droit français, cela est certain, puisqu'il ne connaît d'autre loi personnelle que celle qui régit l'état et la capacité de la personne; or il ne s'agit, en matière de prescription, ni d'état ni de capacité.

Si la possession a été acquise en Allemagne, et si la chose a été transportée en France, il y a quelque doute. La chose n'a pas été soumise à la loi française dans l'origine de la possession; au moment où elle a été transportée en France, le possesseur n'en était pas propriétaire : le devient-il par cela seul que la chose se trouve sur le territoire français? On peut dire que l'intérêt du commerce qui a fait établir la maxime de l'article 2279 est hors de cause; le commerce consiste à vendre et à acheter, or la chose litigieuse n'a pas été achetée en France; donc peu importe à la société française à qui ce meuble appartient. Je réponds que la possession est essentiellement territoriale, et par conséquent soumise à la loi du territoire. L'article 2279 est conçu dans les termes les plus généraux, il ne distingue pas entre le cas où la chose aurait été achetée en France ou à l'étranger, pourvu qu'elle se trouve sur le territoire français; il y a plus, il n'est pas même nécessaire que l'acheteur ait un titre. Il faut donc dire, dans l'espèce, que la possession que le défendeur avait en Allemagne a été intervertie, en vertu de la loi française; c'était d'abord une possession utile pour la prescription; en France, en vertu de l'article 2279, la possession devient un titre de propriété.

Si la chose achetée en Allemagne s'y trouve encore, il

est certain que c'est la loi territoriale qui devra recevoir son application, quand même l'action serait portée devant un tribunal français; le juge ne peut pas appliquer la loi qui régit la possession française à une possession étrangère. Il en serait ainsi quand même le procès s'élèverait entre Français : la nationalité et la loi nationale n'ont rien à faire dans ce débat; le Français qui possède en Allemagne est soumis à la loi allemande, il n'a d'autre droit que celui que la loi allemande reconnaît au possesseur. Quant au juge français, il doit juger comme aurait jugé le tribunal allemand s'il avait été saisi de la contestation.

Par contre, si le possesseur a commencé par posséder en France, sous les conditions déterminées par l'article 2279, il est devenu propriétaire, et s'il transporte ensuite cette chose en Allemagne, il en conservera la propriété : c'est pour lui un droit acquis. Vainement dirait-on que si la possession en France est régie par la loi française, quoiqu'elle ait commencé en Allemagne, la possession commencée en France doit aussi être gouvernée par la loi allemande, dès que la chose se trouve en Allemagne; il y a une raison de cette différence, c'est que la loi française considère la possession comme un titre définitif qui assure la propriété au possesseur; le possesseur, devenu propriétaire en France en vertu d'une possession qui lui tient lieu de titre, conservera son titre et le droit qui y est attaché, en transportant la chose en Allemagne. L'interversion qui se fait en France ne peut pas s'opérer en Allemagne, car elle y aboutirait à dépouiller un propriétaire de son droit; ce qu'aucune loi ne peut admettre (1).

246. Le code civil admet une prescription de trois ans pour les objets volés ou perdus. Il en est de même du code italien, qui limite le délai de la prescription à deux ans (art. 708, 709 et 2146). Dans mon opinion, la prescription est extinctive plutôt qu'acquisitive. De quelque manière qu'on la considère, il y a des difficultés et des

(1) Schäffner, *Die Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 84. Savigny, *Das heutige römische Recht*, t. VIII, p. 187. Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 287.

conflits. On demande d'abord si un étranger dont la loi nationale n'admettrait pas la prescription de trois ans pour les meubles perdus ou volés, pourrait s'en prévaloir. Il n'y a aucun doute quand la chose a été perdue ou volée en France. La prescription admise par l'article 2279 est essentiellement territoriale : c'est une de ces lois de police qui, d'après l'article 3 du code civil, oblige tous ceux qui habitent le territoire : quand il s'agit de choses volées, on doit même dire que c'est une loi de sûreté. Si les étrangers sont obligés par ces lois, ils doivent aussi en profiter. Notre Constitution le dit (art. 128). Il y a quelque doute si la chose a été volée ou perdue à l'étranger. La prescription est extinctive, et j'ai admis comme principe que cette prescription est soumise à la loi du lieu où se passe le contrat; par analogie, il en faut dire autant des actions qui naissent d'un fait juridique quelconque, tel qu'un délit ou la perte de la chose. Toutefois je me range à l'opinion professée par M. Brocher (1). La prescription de trois ans admise par le code civil, quoique extinctive, a un caractère particulier : c'est une protection accordée à la propriété ; or, en matière de meubles, la propriété s'attache à la possession, laquelle est territoriale de son essence. Donc la loi territoriale doit permettre à l'étranger de revendiquer la chose qui se trouve sur son territoire. La prescription de trois ans est une dépendance de la maxime qu'En fait de meubles, la possession vaut titre, et, l'exception doit être régie par la même loi que la règle. Ainsi une chose volée ou perdue en Italie pourrait être revendiquée en France pendant trois ans, bien que l'action, d'après la loi italienne, fût prescrite par deux ans.

SECTION II. — De la prescription extinctive.

§ Ier. — *Des actions réelles.*

247. L'article 2262 porte : « Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé

(1) Brocher, *Droit international privé*, p. 388.

d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi. » Cette disposition comprend deux espèces de prescription, la prescription extinctive des actions personnelles et réelles, et la prescription acquisitive de la propriété par une possession de trente ans sans titre ni bonne foi. Je laisse de côté la prescription acquisitive, dont je viens de traiter. La prescription extinctive comprend les actions personnelles et les actions réelles. La question de savoir quelle loi régit la prescription extinctive des actions personnelles est très controversée. Il n'en est pas de même de la prescription des actions réelles. Il a toujours été admis que les actions réelles immobilières sont régies par la loi du lieu où l'héritage est situé (1). Massé reproduit ce principe et il en donne la raison : « La prescription libératoire ou extinctive d'une action réelle ou hypothécaire ne pouvant être considérée séparément de la chose à laquelle elle se rapporte, la prescription qui s'y applique se trouve nécessairement régie par la loi de la situation de cette chose (2). » Le motif n'est-il pas un peu mécanique?

Quand il s'agit de l'action en revendication d'un immeuble, il y a une raison péremptoire pour que la prescription dépende de la loi du lieu où l'héritage est situé. Le propriétaire ne perd pas son droit par cela seul qu'il ne l'exerce pas; il faut qu'un tiers prescrive contre lui, et cette prescription étant nécessairement fondée sur la possession, il en résulte que l'action en revendication ne peut être repoussée que par le fait de la possession. Ce principe a été contesté; on a invoqué le texte de l'article 2262 qui ne parle pas de la possession, et on en a conclu que le propriétaire perdait son droit, par cela seul qu'il ne l'exerce pas pendant trente ans. C'est mal raisonner; la mauvaise rédaction de la loi ne peut pas modifier un principe fondamental qui régit la propriété. Le propriétaire ne peut pas perdre son droit par cela seul qu'il ne l'exerce pas, car c'est pour lui un droit d'user ou

(1) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. 1er, p. 364.
(2) Massé, *Droit commercial*, t. 1er, p. 456, n° 558 (2e édit.).

de ne pas user de sa chose. Il conserve la possession et les droits qui y sont attachés, tant qu'un tiers ne possède pas le fonds et n'en prescrit pas la propriété contre lui. C'est la doctrine de tous les auteurs. La cour de Bruxelles et, sur pourvoi, la cour de cassation de Belgique l'ont consacrée (1). Il en résulte que la loi qui régit la prescription de l'action en revendication est nécessairement celle qui régit la possession, c'est-à-dire la loi du lieu où l'immeuble est situé.

Il n'en est pas de même des autres droits réels. Aux termes de l'article 617, l'usufruit s'éteint par le non-usage du droit pendant trente ans; c'est l'application de l'article 706, d'après lequel les servitudes s'éteignent par le non-usage pendant trente ans. L'emphytéose et la superficie s'éteignent également par la prescription de trente ans (2). Enfin les hypothèques et priviléges s'éteignent par la prescription trentenaire (C. Nap., art. 2180 et loi hyp. belge, art. 108). Il se présente ici une double difficulté. D'abord on demande pourquoi les démembrements de la propriété, qui sont une fraction de la propriété, ne se prescrivent pas comme la propriété entière? C'est que le démembrement de la propriété n'est admis que pour une cause d'utilité; cela suppose que ceux qui ont un droit réel s'en servent; s'ils ne s'en servent pas, le démembrement n'a plus de raison d'être, par conséquent le droit réel doit s'éteindre par le non-usage. On demande ensuite pourquoi la loi qui régit la prescription des droits réels est celle de la situation des biens? La réponse est analogue. L'usufruitier a le droit de jouir d'un immeuble, il n'en jouit pas pendant trente ans, son droit est prescrit : en vertu de quelle loi? La loi qui régit la possession, c'est-à-dire l'usage du droit, donc le statut de la situation de l'héritage.

La question a été décidée en ce sens par la cour de cassation de France. Les objections que faisait le pourvoi

(1) Bruxelles, 18 décembre 1873 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 68), et rejet, 3 juin 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 1, 278).
(2) Loi du 10 janvier 1824, sur la superficie, art. 9, et loi du 10 janvier 1824, sur l'emphytéose, art. 18.

étaient d'une faiblesse extrême; il prétendait qu'il fallait appliquer la loi du contrat en se fondant sur l'adage *Locus regit actum*. La cour répond que cette maxime ne reçoit son application qu'en ce qui touche les formes et les solennités du contrat (1). La véritable difficulté à laquelle j'ai essayé de répondre, n'a pas été soulevée dans l'espèce.

248. M. Massé dit que les actions réelles mobilières sont régies par le même principe, c'est-à-dire que la loi qui régit la prescription est celle de la situation de la chose; mais comme, en général, les meubles n'ont pas de situation, il faut appliquer la fiction qui leur assigne une situation au domicile du propriétaire, de sorte que la prescription serait soumise à la loi du domicile du propriétaire ou du possesseur contre lequel l'action est intentée.

Il y a une première remarque à faire sur cette doctrine, c'est que les actions réelles mobilières sont régies par le principe de l'article 2279. Si le propriétaire d'un meuble n'a pas l'action en revendication contre celui qui le possède, à plus forte raison, ceux qui n'ont qu'un démembrement de la propriété ne peuvent-ils pas agir contre le possesseur. Celui-ci est propriétaire en vertu de sa possession, c'est-à-dire qu'il a la propriété entière, absolue de la chose; il peut opposer ce titre à tous ceux qui réclameraient contre lui soit la propriété entière, soit un démembrement de la propriété. Ainsi l'usufruitier ne peut pas exercer son droit sur les choses mobilières comprises dans son usufruit contre un tiers possesseur de bonne foi et à titre de propriétaire; le possesseur le repousserait par la maxime qu'En fait de meubles, la possession vaut titre.

L'action réelle mobilière n'est admise que dans les cas où le principe de l'article 2279 n'est pas applicable. Ainsi les créances, à moins qu'elles ne soient au porteur, peuvent être revendiquées; il en est de même des meubles corporels et des titres au porteur, quand le possesseur est de mauvaise foi. L'action dure, en ce cas, trente ans. Les

(1) Rejet, 13 juillet 1829 (Sirey, 1829, 1, 329). Même décision pour une rente foncière constituée sous l'ancien droit (Liége, 1er mars 1817, *Pasicrisie*, 1817, p. 344).

choses volées ou perdues peuvent également être revendiquées pendant trois ans. Quelle est la loi qui régit la prescription dans les cas où il y a lieu à une action réelle mobilière? J'ai examiné la question, dans mon Etude sur les statuts réels, et dans le cours de la présente Etude. A mon avis, la fiction invoquée par M. Massé, en ce qui regarde la possession des meubles, ne reçoit pas d'application à la prescription (1).

§ II. — *Les actions personnelles.*

249. Quelle est la loi qui régit la prescription des actions personnelles? C'est une des questions les plus controversées de notre science, qui ne se compose que de controverses. Les interprètes français ne comptent pas moins de cinq opinions (2). Il y en a davantage. Wächter, dans son excellente Etude sur le conflit des lois, en mentionne une qu'il trouve inutile de réfuter tant elle est inadmissible; elle a cependant été proposée par un jurisconsulte de quelque renom. Titmann dit qu'il faut suivre la loi qui est la plus favorable au créancier contre lequel le débiteur prescrit. Je mentionne ce système, parce qu'il révèle le vice qui, à mon avis, entache la plupart des opinions qui se sont produites en cette matière, c'est que les auteurs se préoccupent surtout des parties qui sont intéressées dans ce débat, l'un du créancier, l'autre du débiteur. Cependant la prescription n'a pas été établie dans un intérêt particulier, et cet intérêt ne la justifierait pas; il faut laisser cette considération de côté, pour ne voir que le droit de la société (3).

Je passe à la tradition française qui fait l'objet principal de ces Etudes. Pothier enseigne que la prescription extinctive est régie par la loi du domicile du créancier. Je transcris le motif qu'il donne : « Les choses qui n'ont pas de situation, telles que les rentes constituées, sont

(1) Voyez le tome II de ces Etudes, n° 273 *bis* et le t. VII, nos 234-242.
(2) Elles sont très bien exposées dans une note de M. Labbé sur un arrêt de la cour de cassation (Sirey, 1869, 1, 49).
(3) Voyez les témoignages dans Wächter, *Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 408 et suiv.

régies par la loi qui régit la personne de celui qui en est propriétaire, c'est-à-dire par la loi du lieu où est son domicile ; c'est donc la loi de ce lieu qui en règle la prescription, et le propriétaire ne peut être dépouillé des choses qui lui appartiennent que par une loi à laquelle il est soumis (1). » L'opinion de Pothier est restée isolée. Tous les auteurs la combattent. Massé dit que l'on ne peut pas argumenter de la qualité de propriétaire du créancier, lorsque la question est précisément de savoir s'il l'est encore. Quant à l'intérêt du créancier que la prescription dépouille, on peut lui opposer l'intérêt du débiteur à qui la prescription fait acquérir sa libération. C'est la remarque de Merlin (2). Il s'agit, dit M. Labbé, d'un rapport d'obligation qui embrasse deux termes : la prescription modifie, non pas seulement la situation légale du créancier, mais encore et tout aussi bien celle du débiteur. Quand les deux parties ne sont pas soumises par leurs domiciles à la même loi, pourquoi préférer la loi du domicile du créancier ? Pourquoi le débiteur serait-il gouverné, plutôt que le créancier, par une loi qui n'est pas sa loi nationale ? On n'en aperçoit pas de raison suffisante. J'ajouterai que Pothier ne parle pas même de l'intérêt général ; c'est cependant cet intérêt qui est décisif quand il s'agit de savoir si le statut de prescription est réel ; il faut chercher quelle est la loi ou la puissance souveraine qui a intérêt et droit à régler la prescription. Dans cet ordre d'idées, le domicile du créancier est tout à fait indifférent. Si l'obligation a pris naissance en Belgique et que le créancier soit domicilié aux Etats-Unis, est-ce la société américaine qui sera intéressée dans un débat auquel elle restera toujours étrangère ?

250. La plupart des auteurs français se prononcent pour la loi du domicile du débiteur. Ce qui donne un grand poids à cette opinion, c'est qu'elle procède de la tradition. Boullenois dit que le combat était entre le do-

(1) Pothier, *De la Prescription*, n° 251.

(2) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 457, 2e édition. Merlin, *Répertoire*, au mot *Prescription*, sect. Ire, § III, n° VII. Comparez Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 287.

micile du créancier et celui du débiteur. Il donne la préférence à cette dernière opinion, parce que, de la même manière que dans l'action réelle, c'est le fonds qui se défend et qui invoque à son secours la loi où il est situé, de même, dans l'action personnelle, c'est la personne qui se défend et qui invoque la loi de son domicile. Toutefois, Boullenois fait une réserve pour le cas où le payement est fixé dans un lieu particulier, de sorte qu'il serait plus exact de dire que, dans son opinion, il faut s'en tenir à la loi du lieu où le payement doit se faire (1). Bouhier approuve la jurisprudence du parlement de Bourgogne, où, dit-il, on n'a jamais douté qu'à l'égard des actions personnelles la prescription dût se régler par la coutume du défendeur, c'est-à-dire celle du domicile du débiteur (2). Tel est aussi l'avis de Dunod dans son Traité de la prescription (3).

C'est l'opinion de Merlin et de la plupart des auteurs modernes. J'emprunte à M. Labbé le résumé qu'il donne de la doctrine à laquelle il se rallie : « L'obligation modifie juridiquement la manière d'être de la personne du débiteur; elle s'attache à cette personne pour restreindre sa liberté. En quelque lieu que la personne individuelle ou physique se transporte, la personne juridique, pure conception de l'intelligence, est toujours au domicile. C'est donc là, si l'on peut localiser une chose immatérielle, que l'obligation réside. Il est vrai que l'obligation est un rapport entre deux personnes, et que, par la personne de celui qu'elle investit d'un droit, elle se réfère à la personne du créancier. Mais entre ces deux lois (loi de domicile du créancier, loi de domicile du débiteur), l'incertitude ne saurait être longue. Une règle consacrée par une vieille tradition veut que le créancier, pour vaincre la résistance du débiteur, s'adresse à la juridiction, à l'autorité qui commande à ce débiteur, plutôt qu'à sa propre juridiction et à l'autorité de son pays. L'autorité qui protége le

(1) Boullenois, *De la Personnalité et de la réalité des statuts*, t. Ier, p. 364 et 365.
(2) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXXV, n° 3.
(3) Dunod, *De la Prescription*, partie 1re, chap. XIV (à la fin).

créancier, en lui accordant l'action en justice, est celle qui doit protéger le débiteur en limitant la durée possible de la poursuite par la prescription (1). »

Je me permets d'ajouter la critique que j'ai faite de ce système dans les Motifs et Matériaux du *Projet de révision du Code civil* : « Merlin, de même que Pothier, se préoccupe exclusivement de l'intérêt des parties qui sont en cause, et ils aboutissent à des solutions contraires; cela ne prouverait-il pas qu'ils se trompent en prenant l'intérêt comme point de départ? En effet, l'intérêt des parties est engagé dans le débat : l'une perd son droit et l'autre est libérée. Si donc on veut considérer l'intérêt du créancier et du débiteur, il faut s'en rapporter au moment où ils règlent leurs rapports et à la loi du lieu où le droit et l'obligation prennent naissance. Mais ce n'est point là le vrai terrain du débat. Le créancier a plus qu'un intérêt, il a un droit, tandis que le débiteur ne peut invoquer que son intérêt. Il y a conflit entre le droit et l'intérêt. Lequel doit l'emporter? Il y a un droit social en cause; c'est donc uniquement au droit de la société qu'il faut avoir égard. »

La jurisprudence est rare en cette matière. On cite un arrêt de Bruxelles ; il concerne l'ancien droit (2). Il y a un arrêt de la cour de cassation de France ; mais quand on l'examine de près, on s'aperçoit qu'il est à peine motivé (3). M. Labbé dit qu'il espère que l'arrêt de la cour de cassation contribuera à fixer la jurisprudence, mais lui-même avoue que l'on ne peut pas dire, avec une certitude parfaite, quelle est, entre les opinions qu'il a exposées, celle qui peut revendiquer pour elle l'arrêt de la cour.

251. Il faut nous arrêter encore à une difficulté que présente la loi du domicile du débiteur; elle a donné lieu à une modification du système. Si le débiteur change de

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Prescription*, sect. 1re, § III, n° VII, et *Questions de droit*, au mot *Prescription*, § 15. Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 458. Brocher, *Droit international privé*, p. 335.
(2) Bruxelles, 24 septembre 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 231)
(3) Cassation, 13 janvier 1869 (Sirey, 1869, 1, 49). Dans le même sens, Bruxelles, 27 juillet 1826, en matière de lettre de change (*Pasicrisie*, 1826, p. 238).

domicile depuis le contrat, la loi qui régit la prescription changera-t-elle? Si elle change, ce sera une forte objection contre le principe même. Savigny en a fait la remarque. Le débiteur et le créancier peuvent changer de domicile au gré de leur intérêt. On verra donc le créancier choisir pour domicile un lieu où la prescription est la plus longue, tandis que le débiteur établira son domicile là où le temps requis pour prescrire sera le plus court. Cela n'est pas admissible, dit Savigny (1). Rien de plus évident dans l'opinion que je professe. Le législateur fixe la durée de la prescription par des considérations d'intérêt social : conçoit-on que si la loi établit une prescription de trente ans, le débiteur puisse se libérer par une prescription de cinq ans? et que le créancier, qui, d'après la loi de son premier domicile, perd son droit en n'agissant pas dans le délai de cinq ans, puisse le conserver en fixant son domicile dans un lieu où la prescription est de trente ans?

Les auteurs français sont divisés sur l'influence que le changement de domicile exerce en ce qui concerne la durée de la prescription. Dunod se prononce pour le maintien de l'ancienne loi ; il lui répugne d'admettre que le débiteur puisse, par un fait volontaire, changer le temps requis pour prescrire, et Pardessus s'est rangé de son avis. La plupart des auteurs se prononcent pour le domicile actuel, ce qui paraît plus logique ; toutefois, pour mettre leur système en harmonie avec l'équité, ils y ajoutent une réserve. Si le temps requis par la loi du nouveau domicile était plus court que le temps exigé par la loi du premier domicile, on ne permet au débiteur de compter que les années écoulées depuis le changement de domicile (2). M. Labbé ajoute que les parties ont, d'ailleurs, un moyen bien simple de prévenir le danger d'un changement de domicile par le débiteur, c'est d'insérer dans le contrat une élection de domicile. Cette clause rend le domicile aussi immuable que la convention elle-même.

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 274.
(2) Voyez les témoignages dans la note de M. Labbé (Sirey, 1869, 1, p. 50).

par suite, la loi de la prescription sera irrévocablement fixée.

252. Dans une troisième opinion, on suit la loi du lieu où le payement doit se faire, ce qui, en fait, revient à dire que la prescription est régie par la loi du lieu indiqué par les parties, ou, dans le silence des parties, par la loi du domicile du débiteur. « La raison en est simple, dit Troplong : la prescription, à fin de se libérer, est, en *quelque sorte*, la peine de la négligence du créancier. Or, dans quel lieu le créancier se rend-il coupable de cette faute? C'est *évidemment* dans le lieu où il doit recevoir son payement; donc il encourt la peine établie dans ce lieu ; donc la prescription qu'il doit subir se règle d'après la loi du même lieu (1). » J'ai combattu le principe de Troplong, j'en rejette aussi la conséquence. Même en admettant que la négligence du créancier est le fondement de la prescription qui éteint son droit, il n'en résulterait pas que la prescription fût soumise à la loi du lieu où le payement doit se faire. Si la négligence est une *faute*, la faute consiste à manquer à un devoir, donc à une obligation ; cette obligation doit résulter de la convention, c'est donc la loi de la convention qui détermine aussi la conséquence de l'inexécution de la prétendue obligation qu'elle impose au créancier. Mais c'est chose absurde de dire que la convention oblige le créancier à agir; en effet, agir est un droit, et l'on n'a jamais dit que le droit soit une obligation. Dira-t-on, avec Troplong, que la négligence du créancier constitue un *fait dommageable*, c'est-à-dire un quasi-délit? Je réponds que les délits et quasi-délits impliquent qu'il n'existe pas de convention : or, dans l'espèce, il s'agit d'obligations conventionnelles qui doivent être exécutées au lieu du payement; donc il faut laisser là les faits dommageables. Est-ce que celui qui est victime d'un quasi-délit stipule que les dommages-intérêts seront payés dans tel ou tel lieu? La question seule est un non-sens.

Le système de Troplong a été admis par M. Massé, qui n'y ajoute aucune considération nouvelle (2), et il trouve

(1) Troplong, *De la Prescription*, n° 38.
(2) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 460 et suiv., 2e édit.

un appui dans la jurisprudence concernant les lettres de change (1).

253. D'après un quatrième système, la prescription extinctive est réglée par la loi du lieu où la demande doit être portée, par le motif que la prescription concerne moins la validité et la substance du contrat que son exécution. Ce sont les termes de Huber dans son Traité du Conflit des lois (n° 7). Paul Voet est du même avis, ainsi qu'un grand nombre de juristes allemands, anglais et américains (2).

La loi du for donne lieu à bien des objections (3). La prescription commence à courir du moment où l'action prend naissance, donc à l'instant où l'obligation se forme. Or, à cette époque, on ne sait point devant quel juge l'action sera portée. Le lieu du for judiciaire dépend souvent de la volonté du créancier : conçoit-on que la prescription, qui est essentiellement d'intérêt social, soit déterminée par le choix que fera le créancier de la loi qui lui est le plus favorable? A mon avis, on ne doit considérer que l'intérêt de la société. De quelle société? Ce que j'ai dit de la prescription extinctive répond à la question. La prescription a pour objet de limiter les droits, afin d'empêcher l'incertitude qui planerait sur l'existence des droits. Il importe donc que tout soit certain dès le moment où le droit naît. La loi du for judiciaire augmente au contraire l'incertitude, puisque la prescription pourra varier selon que le créancier portera son action devant le tribunal du domicile du défendeur, devant le tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée, ou devant le tribunal de l'arrondissement où le payement devait être effectué. L'incertitude dans une matière où la loi veut la certitude est chose contradictoire dans les termes.

254. Le dernier système est celui de la loi du contrat.

(1) Voyez les arrêts cités par M. Massé, t. Ier, p. 461.
(2) Voyez les témoignages dans Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 240.
(3) Voyez la critique de ce système dans Wächter, *Archiv fur civilistische Praxis*, t. XXV, p. 410, suiv.; Schäffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 110; Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 283 et 284.

J'ai proposé d'inscrire ce principe dans le nouveau code civil dont on prépare la révision en Belgique, et j'en ai donné les motifs ici même (n° 235). Cette opinion n'a aucun appui dans la tradition française; c'est une objection très grave, et elle serait décisive si le code Napoléon avait maintenu le système qui dominait dans l'ancien droit, la loi du domicile du débiteur. L'article 3 ne parle que du statut immobilier et du statut personnel; il ne s'y trouve pas un mot que l'on puisse rapporter aux obligations et à la prescription extinctive. Je puis citer comme autorités d'excellents jurisconsultes, Hert, en Allemagne (1), et Rocco, en Italie (2). Fœlix n'en dit qu'un mot, qui, à mon avis, est décisif, c'est que la loi du lieu où le contrat s'est formé est peut-être la mieux fondée en théorie (3). N'est-ce pas une question de théorie, puisqu'il n'y a pas de texte? Toutefois, les autorités que je viens de citer ont peu de poids à mes yeux, parce que les auteurs qui proposent la loi du contrat ne donnent pas de motifs, comme Fœlix, ou allèguent des raisons très contestables. Ils disent que la prescription n'est autre chose que la durée de l'action; or, l'action tient à la substance du contrat et à ses effets immédiats, ce qui permet d'appliquer le principe que la prescription dépend de la loi du contrat. Cela revient à dire que la prescription, comme tous les effets des contrats, est une dépendance de l'autonomie des contractants. C'est, en effet, en ce sens que ce système a été soutenu dans une consultation de M. Ballot, à laquelle ont adhéré d'excellents jurisconsultes, Vatimesnil, Plocque, Demangeat (4).

M. Labbé dit que cette manière de voir soulève des objections sérieuses; la plus grave, à mon avis, est qu'elle ne tient aucun compte de l'essence de la prescription. Est-elle d'intérêt privé, comme le sont les conventions des contractants, alors on a raison d'en conclure qu'elle dépend de leur volonté. Est-elle de droit public, parce qu'elle

(1) Hertius, *De collisione legum*, § 65.
(2) Rocco, *Dell' uso e autorità delle leggi del regno delle due Sicilie*, p. 375.
(3) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 241.
(4) Elle est insérée dans la *Revue pratique de droit*, t. VIII, p. 333.

a pour fondement l'intérêt et le droit de la société, alors il faut exclure absolument l'autonomie, car le droit de la société domine le droit des individus : telle est ma conviction.

On cite plusieurs arrêts qui se sont prononcés pour la loi du contrat. Mais l'arrêt de la cour de Paris comme celui de la cour d'Alger (1) ne sont que des affirmations auxquelles on pourrait opposer des affirmations contraires.

255. M. Labbé est, je crois, le seul auteur français qui ait tenu compte de la nature sociale de la prescription; cependant, il arrive à des conclusions toutes différentes des miennes. Il dit très bien que, parmi les règles qui concernent les effets de l'obligation, il y en a qui tiennent à l'ordre public et ont un caractère *territorial* : telle est la prescription. Quelle est la loi territoriale qui doit la régir? M. Labbé répond que c'est la loi du lieu où l'action est exercée. Il est certain que la règle de la prescription dérive d'une de ces lois que Savigny appelle impératives, auxquelles le juge doit obéir, en ce sens qu'il ne peut pas appliquer la loi personnelle des parties. Mais est-ce nécessairement la loi du pays où le juge exerce son ministère? M. Labbé le croit. La loi qui octroie la faculté d'agir en justice limite l'exercice de cette faculté. Le créancier qui sollicite d'une autorité une condamnation doit respecter les limites de temps où l'intervention de cette autorité est renfermée par la loi de son institution. » C'est la loi du for. J'ai déjà dit à quelles objections elle donne lieu, en rendant variable et incertaine la prescription, dont le but est de donner de la certitude aux droits. Il n'y a qu'un moyen d'atteindre ce but, c'est de s'en tenir à la loi du contrat, laquelle est irrévocable.

256. Le code contient une section intitulée : *De quelques prescriptions particulières*. Ces courtes prescriptions sont généralement fondées sur une présomption de payement. Est-ce à dire qu'elles soient régies par la loi du lieu où le payement se fait? Non, car la présomption que

(1) Paris, 29 mars 1836 (Sirey, 1836, 2, 457). Alger, 18 août 1848 (Sirey, 1849, 2, 264).

ces dettes ont été acquittées se fonde sur les usages des lieux ; il est d'usage que le médecin envoie son compte à la fin de l'année, tandis que les maîtres et instituteurs sont payés à la fin de chaque mois ; de là les courtes prescriptions d'un an et de six mois. Le motif est donc territorial, ce qui rentre dans le système de la loi sous laquelle le contrat s'est formé.

Il y a, dans cette même section, une prescription très importante et qui a un tout autre caractère, c'est celle de cinq ans pour intérêts, loyers, et généralement pour toutes les dettes qui se payent à des termes périodiques. Cette prescription a été établie par l'ordonnance de 1510, dans un but d'humanité, pour empêcher la ruine des débiteurs gênés, que les créanciers ne poursuivent pas soit par négligence, soit par mauvaise foi. Quelle est la loi qui régit cette prescription? La cour de Chambéry a jugé qu'on doit la considérer comme formant une stipulation tacite et nécessaire du contrat, d'où suit qu'elle est régie par la loi du lieu où le contrat s'est formé (1). Cette décision est une application du principe que je propose dans cette Etude ; mais je ne saurais admettre le motif sur lequel la cour se fonde. La loi du contrat, en ce qui regarde la prescription, ne dépend pas de l'autonomie des parties ; fondée sur l'intérêt général, la prescription échappe par cela même à la liberté des contractants ; il ne peut donc être question de la stipuler. Mais la décision, au fond, me paraît irréprochable. L'obligation avait été contractée, dans l'espèce, à la Nouvelle-Orléans. Quelle est la loi qui doit veiller aux intérêts des débiteurs et réprimer la négligence doleuse des créanciers? N'est-ce pas la loi du lieu où la dette est contractée? Le législateur américain ignore la prescription de cinq ans ; il faut donc supposer que les raisons pour lesquelles l'ordonnance de 1610 a établi cette prescription exceptionnelle n'existent pas aux Etats-Unis.

Je ne connais qu'une seule prescription fondée sur la volonté des parties, c'est celle de l'article 1304 du code civil, aux termes duquel l'action en nullité se prescrit par

(1) Chambéry, 12 février 1869 (Sirey, 1870, 2, 9).

dix ans. Cette prescription est, à vrai dire, une confirmation, c'est-à-dire une renonciation au droit d'agir en nullité, à raison du vice qui entache le contrat; elle est donc fondée sur la volonté de celui qui confirme; et cette volonté, comme je l'ai dit dans le cours de ces Etudes, est censée exister déjà lors du contrat, ce qui nous ramène à la loi du lieu où le contrat s'est formé. Dans l'espèce, c'est l'autonomie des contractants qui joue le grand rôle.

FIN.

TABLE DES MATIÈRES.

DEUXIÈME PARTIE.

LIVRE V.

Des obligations *(suite)*.

CHAPITRE Ier. — LA LOI DES CONTRATS, DES QUASI-CONTRATS, DES DÉLITS ET DES QUASI-DÉLITS (suite).

ARTICLE II. — DES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

N° 2. Application du principe au concubinage.

ARTICLE III. — LA PREUVE.

§ Ier. *Le principe.*

§ II. *De la preuve littérale.*

N° 1. De l'acte authentique.

N° 2. Obligations.

§ II. *Du louage des gens de travail.*

§ III. *Des voituriers par terre et par eau.*

§ II. *Quelle loi suit-on dans le conflit des législations?*

N° 1. Le principe.

N° 2. Les anciens légistes.

N° 3. La doctrine moderne.

I. *La théorie de l'usure.*

II. *Des meubles.*

N° 2. De la prescription extinctive.

§ II. *Du statut qui régit la prescription.*

CHAPITRE II. — Les divers systèmes.

SECTION Ire. — La prescription acquisitive.

§ Ier. *Des immeubles.*

§ II. *Des meubles.*

N° 1. Quels meubles sont soumis à la prescription.

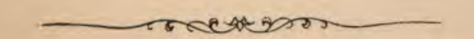


TABLE GÉNÉRALE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

contenues dans les huit volumes (1).

---

(1) Le chiffre *romain* indique le *volume*; le chiffre arabe, le *numéro* du volume. On peut savoir la page où se trouve le numéro en recourant aux Tables des matières placées à la fin de chaque volume.

COMMUNAUTÉ ENTRE ÉPOUX.

COMMUNES.

COMPÉTENCE.

I. Le *droit d'agir* en *justice* est-il un *droit civil?*

1. Importance de la question pour le *droit civil international*. IV, 1.
2. Le *droit traditionnel* remonte à la loi des XII Tables. IV, 3.
3. Le Code Napoléon procède de la tradition hostile à l'étranger. IV, 9.
   a. Conséquence absurde et barbare qui en résulte. Le *pro Deo*. IV, 10, 11.
4. Il y a une autre *tradition*, celle de la *philosophie* et de la *Révolution* de 1789. IV, 2.
5. La *jurisprudence* des cours de Belgique se rattache à cette tradition. IV, 5.
6. La loi belge sur la procédure procède de cette tradition. IV, 2, 6-8.

II. *Étranger* et *Français*.

1. Droit de l'*étranger* de traduire les *Français* devant les *tribunaux de France*. IV, 12, 13.
2. De la *cautio judicatum solvi*. IV, 14.
   a. Abolie en Belgique.
   Voir le mot *Étrangers*. IV, 2, et plus loin, n° VI.

III. *Français et étrangers*. Code Napoléon, art. 14 et 15. IV, 15-18.

1. Bonfils. Appel à la solidarité des peuples. IV, 19.

IV. *Étrangers entre eux*.

1. *Doctrine* et *jurisprudence* françaises. IV, 20, 21.
   a. Critique de cette jurisprudence. IV, 22-24.
   b. Justification que le président Portalis en fait. Critique de la justification. IV, 25.
   c. La jurisprudence française *jugée à l'étranger*. IV, 63, 64, 66.
2. Cas dans lesquels, par *exception*, les *tribunaux français* se déclarent compétents. Incertitude et arbitraire. IV, 26.
   a. Consentement des parties. Critique. Apologie de Portalis. *Critique* de l'*apologie*. IV, 31-34.
   b. *Engagements* de *commerce*. Critique de la jurisprudence. IV, 27-30.
   c. *Étranger domicilié* ou *résidant*.
   Jurisprudence belge. IV, 37-45.
   Jurisprudence française. IV, 31-36.

V. *Questions d'état*. Voir le mot *Questions d'état*.

VI. *Mesures exceptionnelles* auxquelles l'étranger est soumis en matière de procédure. *Arrestation provisoire*. *Contrainte par corps*. *Cautio judicatum solvi*. IV, 69-71.

VII. *Législation étrangère*.

1. La législation *étrangère* est la *critique* du Code Napoléon. IV, 62, 64.
2. Droit *allemand*. Dire d'un jurisconsulte autrichien. IV, 66.
3. Droit *américain*. A quoi conduit la *courtoisie*. IV, 68.
4. Droit *anglais*. L'étranger *ennemi*. IV, 67.
5. Italie. Code de procédure *italien* et code de *procédure belge*. IV, 65.

4. *Mariage* des *moines* et des *prêtres*, valable en Belgique, est déclaré *nul* par la jurisprudence française. IV, 333-336.
5. *Régime hypothécaire*. En Belgique il y a une loi nouvelle sur le régime hypothécaire, laquelle diffère, sous des rapports très importants, du régime français.
   a. Telles sont notamment la *publicité* et la *spécialité* des *hypothèques légales*. De là des conflits.
   Voir le mot *Hypothèque légale*.
   b. L'hypothèque légale est un *droit naturel* en Belgique, et un *droit civil* en France. De là des conflits.
   Voir le mot *Hypothèque légale*.
   c. Hypothèque d'un *navire*.
   Voir le mot *Hypothèque conventionnelle*. II.
   d. Il y a beaucoup de différences dans les détails des deux législations. Le *conflit* qui en résulte se vide par la nature du *statut* de l'hypothèque.
   Voir le mot *Hypothèque*.

II. France et *Allemagne*.
   1. Prescription des meubles. VIII, 246.

III. France et la *Common Law anglo-américaine*.
   Voir les mots *Angleterre* (Droit anglo-américain), *Common-law*, *États-Unis* (droit américain).

IV. *France* et *Espagne*.
   1. Incapacité de la femme mariée.
   2. Sénatus-consulte velléien.
   3. Succession.
   Voir le mot *Espagne*.

V. France et *Pays-Bas*.
   Voir le mot *Pays-Bas* (droit hollandais).

FRANCE (Histoire).

I. Cosmopolitisme de la France.
   1. *Philosophie* du XVIII[e] siècle. *Cosmopolitisme*. *Humanité*. I, 333.
      a. La doctrine des économistes. Unité et solidarité des nations. I, 334-336.
   2. La *Révolution*. Abolition du *droit d'aubaine*. Décret de l'Assemblée Constituante. Fraternité universelle. III, 364, 365.

II. Les légistes, leur esprit étroit et hostile à l'étranger.
   1. Le *droit d'aubaine*. Esprit haineux des légistes. I, 259-265.
   2. Napoléon et le Tribunat. Le Code civil et la théorie des droits civils. II, 3-17; III, 366-369.
   3. L'intérêt français. II, 48-51.
      a. Cette fausse doctrine règne dans la jurisprudence française.
      b. Elle vicie la justice. Les tribunaux français se déclarent incompétents pour juger les contestations entre étrangers.
      Au nom de l'intérêt, on *rompt* les *conventions*. VIII, 71.
      Voir le mot *Compétence*.

d. *Responsabilité* des locataires. VIII, 164.

12. *Mariage*. Conditions de capacité. L'étranger y est soumis. IV, 216-218, 222.
    a. Les actes respectueux abolis. IV, 318, 319.
13. *Partage*.
    a. Convention d'*indivision* et *prohibition* de partage. VII, 25.
    b. *Rapport*. Les *collatéraux*. VII, 34.
    c. Rapport de l'*immeuble hypothéqué*. VII, 35.
    d. Rapport des *legs*. VII, 36.
    e. *Séparation* des patrimoines. VII, 57.
14. *Puissance maritale*. Autorisation de femme mariée. V, 66.
15. *Puissance paternelle*. Droits sur la personne et sur les biens. VI, 23 et 24.
16. Renonciation à une succession testamentaire. VI, 381.
17. *Rescision* pour cause de *lésion*. VIII, 74.
18. *Retrait successoral* aboli. VII, 26.
19. *Statut réel* d'après le Code italien. II, 203.
    Le Code lui donne une extension exagérée en matière de *mariage*. IV, 284, 337, 338.
20. *Substitution permise*. Le Code italien ne reproduit pas cette substitution. VI, 330.
    a. Le Code d'Italie permet de faire des legs à des *enfants non conçus*. VI, 331.
21. *Successeurs anomaux*. Ce droit est aboli. VI, 263, 368.
22. *Successions*.
    a. *Conjoint* survivant. VI, 254.
    b. *Degré* de parenté. VI, 225-227.
    c. *Division* par *lignes*. VI, 232 et 233.
    d. *Enfants naturels*. VI, 248.
    e. *Payement* des dettes et *contribution*. VII, 53 et 54.
    f. *Représentation*. Enfants de l'*indigne*. VI, 243.
    g. *Saisine*. VI, 359, 362.
23. *Testament*.
    a. Prédécès du légataire. Caducité. VI, 313.
    b. Révocation expresse. VI, 310.
    c. Survenance d'enfants. VI, 311.
24. *Vente*.
    a. Incapacité des *époux*. VIII, 135.
    b. Incapacité du père. VIII, 136.

JEU ET PARI.

Les *lois* qui *refusent* l'*action* au créancier pour jeu et pari sont réelles. VIII, 108-111.

Voir le mot *Mœurs* (*Bonnes*).

JURISPRUDENCE.

A. *Ancien droit*.

I. La jurisprudence est un élément de progrès dans le développement du droit international privé.

1. Le parlement de Paris se prononce pour la *personnalité* du *statut* de *capacité*, même *partielle*. I, 290.
2. Il consacre le principe de *personnalité* des conventions matrimoniales. I, 292.
3. Tous les parlements admettent la *personnalité* du statut de *majorité*. I, 290.

II. La jurisprudence des provinces belgiques, au contraire, est réaliste à outrance. I, 300-304.

Voir les mots *Statutaires belges*. *Édit perpétuel*.

B. Droit moderne.

I. Jurisprudence *belge* et *française*.

1. La jurisprudence française n'est *pas favorable* à l'*étranger*. De là la doctrine de l'*intérêt français* que la jurisprudence a consacrée. II, 48-51.
   a. C'est l'esprit du Code Napoléon. II, 6, 7, 11.
2. La jurisprudence belge ne connaît pas cette doctrine. On ne la trouve que dans un seul arrêt, très ancien, de la cour de Bruxelles. II, 49.

II. La jurisprudence française refuse, en principe, de juger les *procès entre* étrangers, ce qui peut aboutir à un *déni de justice*.

Voir le mot *Compétence*.

La jurisprudence belge s'inspire de l'idée de *justice universelle* et de la *communauté de droit entre les peuples*. IV, 5, 37-45.

III. Jurisprudence française et belge sur l'exécution des jugements étrangers concernant les *questions d'état ;* l'une refuse de reconnaître ces jugements tant qu'ils n'ont pas reçu une force exécutoire en France ; l'autre décide qu'ils ne doivent pas être rendus exécutoires.

Voir les mots *Exécution des actes et jugements étrangers*. *Questions d'état*.

IV. Hésitation de la jurisprudence française sur la question du *statut personnel* de l'*étranger*. II, 47. En Belgique, le *statut personnel* de l'étranger n'a jamais été contesté.

C. Jurisprudence *étrangère*.

Celle de la Louisiane, qualifiée de monstrueuse par Phillimore. L'*intérêt* poussé jusqu'à l'égoïsme brutal. II, 77.

LÉGISLATION (Droit international privé).

1. Du *rôle* de la législation dans le droit civil international. I, 34.
2. La législation doit être un instrument de progrès. Elle l'a été en Italie. I, 435, 436.
3. La législation a aboli le *droit d'aubaine*.
   Voir le mot *Aubaine* (*Droit d'*).
4. C'est aussi la législation qui mettra le droit anglo-américain en harmonie avec le droit du continent européen.
   a. Loi de 1870 qui admet les *étrangers* à posséder des biens immeubles en Angleterre.
   Voir le mot *Étrangers*, nº IV, 1 et 2.
   b. Loi sur les naturalisations. Le *lien féodal* de l'*allégeance* est brisé et remplacé par le droit humain. III, 134-138.
   Voir le mot *Émigration*.

1. Le christianisme s'est trompé sur l'essence du mariage. Le mariage, tel que saint Paul le conçoit, n'est plus l'idéal de l'humanité moderne. IV, 194.
2. En fait le mariage n'est devenu un sacrement que par les décrets du concile de Trente. IV, 195, 196.
3. A quoi conduit le *mariage sacrement*. Abîme de l'intolérance catholique. Législation de Louis XIV et édit de 1787 sur l'état civil des protestants. IV, 197.
4. Le prétendu mariage chrétien des légistes américains est en opposition avec les faits et avec les principes. IV, 199-203.

II. Le mariage *civil*.
1. Inauguré par l'Assemblée constituante et consacré par la Constitution belge, qui a *subordonné* le *sacrement* au *contrat civil*. IV, 188.
2. Le mariage civil existe dans toute l'Europe. IV, 190.
3. Le mariage est un contrat essentiellement civil, indépendant de tout dogme. IV, 191, 198.
4. Dans la doctrine catholique (ultramontaine), le mariage civil est un concubinage, une invention du diable. IV, 192, 193.

B. De la *loi* qui régit le mariage.

I. La doctrine du Code civil.
1. *Confusion* qui règne en cette matière. Les *divers systèmes*. IV, 205.
2. La confusion remonte à l'ancien droit. Bouhier, IV, 206.
3. Les principes du Code Napoléon. Distinction entre les divers éléments du mariage. IV, 207.

II. La doctrine du *domicile matrimonial*.
1. Le *droit ancien*. Ce que l'on entendait par le *domicile matrimonial* et par la *loi du domicile*. IV, 211, 212.
2. Les auteurs *modernes* appliquent au *mariage* une doctrine que l'ancien droit n'appliquait qu'aux *conventions matrimoniales*. Merlin, Savigny et Wächter. IV, 213-215.
3. Critique de la loi du domicile. IV, 214.

III. Loi du *lieu de la célébration du mariage*.
1. C'est la doctrine anglo-américaine. Elle applique la *loi du lieu* aux *conditions* et aux *effets* du *mariage*. IV, 208.
2. *Critique* de la jurisprudence anglo-américaine. IV, 210.
3. Cette doctrine méconnaît la *personnalité* des lois qui régissent le mariage. IV, 209, 222.

IV. Le Code italien et le Code Napoléon.
1. Le Code italien admet le *statut personnel* pour le mariage, mais il étend trop loin les dispositions d'*ordre public* et de *bonnes mœurs* qui dominent le statut personnel. IV, 216-218, 222, 337, 338.
2. Le mariage est d'*ordre public*. Inconséquence du Code Napoléon. IV, 219 et 220.
3. Il n'en faut pas conclure que toutes les lois qui concernent le mariage sont réelles. Il faut concilier le droit de la société avec le droit des individus. IV, 221, 224.

V. *Conditions* du mariage qui *forment un statut réel*.

MARIAGE (SOLENNITÉS.)

A. *Contrat solennel.*

I. Le mariage est un contrat solennel d'après le *droit français*, et tel est aussi le *droit commun* de l'*Europe*. IV, 225-227.

II. Applique-t-on au mariage les principes qui régissent les *actes solennels du droit privé?* IV. 228.

1. Le mariage des Français, contracté aux Etats-Unis, *sans formes*, est valable en France. IV, 229.
2. Serait-il aussi valable, par le seul consentement, s'il avait été contracté dans un pays dont les lois exigent des formes, si les Français ont été dans l'*impossibilité de les observer?* IV, 230-232.

B. Des *officiers publics* qui peuvent *célébrer* le *mariage*.

I. Le *droit commun*.

1. Les officiers de l'état civil du lieu où le mariage est célébré. IV, 233 et 234.
2. Un ministre du culte, quoique compétent d'après la loi personnelle des conjoints, serait incompétent en France et en Belgique. IV, 235-237.
3. Erreur de *deux ministres de la justice français* et de Savigny. IV, 235.

II. Les *agents diplomatiques* et les *consuls*.

1. En principe les *agents extérieurs* sont *incompétents*. IV, 238.
2. Quelle est la *valeur* des *mariages* qu'ils célèbrent? IV, 239.
3. Quel est le fondement de la compétence qu'on leur reconnait généralement. IV, 240?
4. La fiction de l'*exterritorialité* n'a aucun rapport avec la compétence en matière de mariage. IV, 241-244.
   a. Aux Etats-Unis, on n'admet pas la fiction. IV, 245.
5. Si l'on écarte l'exterritorialité, il faut décider que les agents extérieurs sont sans qualité pour procéder à la célébration d'un mariage. Critique de la jurisprudence contraire. IV, 246-249.
6. La cour de cassation limite la compétence des agents extérieurs aux cas où les deux futurs époux sont Français. Il en résulte que, le plus souvent, le *mariage* entre *Français* et *étrangers* devient *impossible*. IV, 250 et 251.
   a. Objection faite par Merlin et réponse. IV, 252 et 253.
7. Le gouvernement *anglais* reconnait qu'il ne peut garantir que les mariages célébrés par ses agents extérieurs seront valables ailleurs qu'en Angleterre. IV, 254, 255.
8. En quel sens le *Congrès des États-Unis* a autorisé les consuls américains à célébrer les mariages. IV, 256.
9. Loi de l'empire d'*Allemagne*. IV, 257.
10. Conclusion. La seule voie légale de valider et de rendre possibles les mariages à l'étranger, c'est de conclure des traités qui autorisent les agents extérieurs à les célébrer. IV, 258-261.
   a. Et, en attendant que l'on fasse des traités, de permettre les *mariages par procuration*. IV, 262.

C. Des mariages célébrés à l'étranger. Voir ce mot.

III. *Importance* de la *classification* des *biens* en *meubles* et *immeubles* pour le *droit civil international*. VII, 111.

1. Droit des *administrateurs*.

a. Droit d'intenter les *actions mobilières*. VII, 112, 113.

b. Droit d'*aliéner* les *meubles*. Les administrateurs n'ont pas le droit, qu'on leur reconnait généralement, d'aliéner les meubles. Discussion des textes du Code Napoléon. VII, 114-118.

2. *Hypothèques*. Les meubles n'ont point de suite par hypothèque. VII, 120.

a. Exception. *Hypothèque* d'un *navire*.

Voir le mot *Hypothèque conventionnelle*, nº II.

3. *Possession*. En fait de *meubles*, la possession vaut titre. VII, 119.

4. *Privilèges*. Les privilèges mobiliers ne donnent pas le droit de suite, à l'exception du privilège du bailleur. VII, 120.

Voir le mot *Privilèges mobiliers*.

5. *Régimes matrimoniaux*. Communauté. Régime dotal. VII, 121.

6. *Transmission* de la *propriété*.

Voir le mot *Propriété* (*Transmission de la*).

IV. Quel *statut* décide si les biens sont *meubles* ou *immeubles?*

1. Doute et incertitude. L'article 3 du Code Napoléon et le motif sur lequel il est fondé sont-ils applicables? VII, 141-143.

2. Les auteurs anciens et les auteurs modernes. VII, 144.

3. Conclusion. Il faut se décider d'après l'esprit de la tradition française. VII, 145.

Voir le mot *Immeubles* (*Biens*), nºs II, III, IV;

Et le mot *Meubles*, nº II.

B. *Statut*.

Voir le mot *Immeubles* (*Statut des*).

Et le mot *Meubles* (*Statut des*).

C. Appréciation de la *distinction* des *meubles* et des *immeubles*, et de la *division* des *statuts* en *mobiliers* et *immobiliers*.

I. La distinction traditionnelle des *biens* meubles et immeubles n'a plus de raison d'être. II, 182.

1. Elle est fondée sur un préjugé dont l'adage *Vilis mobilium possessio* est l'expression. II, 170.

2. L'état social a entièrement changé et, par suite, la distinction doit disparaître. II, 183.

3. Il ne restera que les différences qui ont leur cause dans la nature des choses. II, 184.

II. La distinction des statuts réels des meubles et des immeubles est fondée sur une fausse notion de la souveraineté. I, 365-370; II, 137-141.

Voir le mot *Souveraineté*.

1. Elle se transforme également. II, 183.

2. Loi qui préside à cette transformation. II, 184.

3. La Providence et le gouvernement providentiel dans toutes les faces de la vie. I, 14-25; II, 168.

Voir le mot *Statuts*.

MŒURS (BONNES).

MOINES.

MONNAIE.

II. Le principe de nationalité se concilie avec la souveraineté des nations.
1. Le principe de *personnalité* se confond avec celui de *nationalité*. I, 428 ; III, 91, 92.
2. L'application des lois *personnelles* ou *nationales* n'est pas contraire à la *souveraineté territoriale*. I, 429, 430, 438.
3. *Objections* contre le principe de nationalité.
a. Brocher. Réponse aux objections qu'il fait. I, 433, 434.
b. Savigny. Réponse. Comment les Italiens concilient l'idée de *nationalité* avec le droit de l'*humanité*. I, 431, 432.

III. *Statut personnel*. Nationalité et *Domicile*. Le statut personnel est-il déterminé par la *nationalité* ou par le *domicile ?*
1. Droit français.
a. L'*ancien droit* s'attachait au *domicile*. I, 258 ; II, 98.
b. Le *Code Napoléon* détermine le *statut personnel* par la *nationalité*. II, 97.
2. *Doctrine étrangère*.
a. Le principe du *domicile* remonte à la *féodalité*. II, 101.
b. Telle est aussi l'origine de la théorie de Rocco, celle du *Contrat social*. II, 100.
c. *Objections* que l'on fait contre le *principe* de *nationalité* et réponse. II, 102, 103.
d. Est-il vrai, comme le dit Savigny, que le *principe* du *domicile* est *universellement* admis ? II, 99.
e. Absurdités qui découlent de la loi du domicile, en matière de *puissance paternelle*. III, 309, 310 ; VI, 24.
f. La doctrine moderne se prononce pour la nationalité. II, 106-109.
3. La *législation moderne* consacre le principe de nationalité. II, 108, 109.
4. Effet du *changement* de *nationalité* ou de *domicile* sur le statut. III, 280-285.
Voir le mot *Changement de domicile et de nationalité*. *Domicile*, I. Et le mot *Nationalité* (Patrie).

NATIONALITÉ (Patrie).

A. *Acquisition* de la nationalité. Les deux principes, de *race* (nationalité) et de *territorialité* (naissance sur le territoire). III, 93.
I. Principe de nationalité.
1. Dans l'ancien droit, la nationalité dépendait de la *naissance* sur le *territoire*. III, 94.
2. Le *Tribunat* propose et le *Code* adopte le principe de *nationalité*. III, 95.
3. Nationalité de l'enfant légitime.
a. Quand les père et mère ont une nationalité différente. III, 97.
b. Quand le père est sans patrie. III, 96.
c. Quand le père *abdique* sa *nationalité* ou la *perd*. III, 98.
d. La *nationalité* est *propre* à l'*enfant ;* le père n'en peut disposer. III, 147, 165, 166, 168.

OBLIGATION ALIMENTAIRE.

Quel *statut* régit la *dette alimentaire?*
Voir le mot *Aliments*.

OBLIGATIONS.

Quel *statut* régit les *obligations?*
Voir les mots *Autonomie* et *Statut personnel*.

OCCUPATION (DROIT D').

Quel *statut* régit le droit d'occupation en droit français? VII, 214.

ORDRE PUBLIC (Statut réel).

A. *Droit français.*

I. Quand les *lois* d'*ordre public* forment-elles un *statut réel* qui domine le statut personnel?

1. L'expression *ordre public* a, en droit français, un *sens spécial*, qui prête à *confusion*. On entend par *lois* d'*ordre public* celles qui concernent l'*état* et la *capacité* des *personnes*. Ces lois ne sont pas réelles, l'article 3 du Code civil les déclare *personnelles*. II, 192, 193.
   a. Merlin et la cour de Paris s'y sont trompés. II, 194.
2. Les *lois* qui concernent l'*ordre public* sont *réelles* quand elles concernent un *droit* de la *société*, que l'on peut appeler *public* parce que l'*intérêt public* est en cause. II, 188.
3. Par opposition aux lois d'*intérêt privé*, qui sont personnelles. II, 189.
4. Comment le *juge* décidera-t-il si un droit est d'*ordre social* ou d'*ordre privé?* II, 190.
5. Cette notion de l'*ordre public* et des *lois réelles* répond à l'essence du *statut réel*, tel que la tradition et les *légistes anglo-américains* et *allemands* le comprennent, en ce sens qu'elle sauvegarde les droits de la *souveraineté*. II, 185, 186.
6. La définition de l'*ordre public* et du *statut réel* qui en résulte est consacrée dans l'avant-projet de révision du Code civil, dont l'auteur est chargé. VIII, 98 et 99.
7. Dans cette acception, l'*ordre public* comprend :
   a. Les lois de *police* et de *sûreté*. Cette expression indique non seulement les *lois pénales*, mais encore les *lois* de l'*ordre administratif* qui ont pour objet de *garantir* les *droits individuels*. La jurisprudence et la doctrine sont en ce sens. VIII, 101, 102.
   b. On range encore sous le nom de *lois d'ordre public* les lois qui se rattachent au *droit public* et au *droit des gens*. VIII, 103, 104.
   c. Les lois *prohibitives* par elles-mêmes ne sont pas d'*ordre public*, quand même elles emportent *nullité*, il faut qu'elles soient d'*intérêt général*. VIII, 105-107.

d. Quand les lois qui intéressent les *bonnes mœurs* sont-elles d'*ordre public*, en ce sens qu'elles forment un statut réel qui domine tout statut personnel? VIII, 108.
Voir le mot *Mœurs* (*Bonnes*). Nos I et II.

4. *Hypothèque légale.*
   a. De l'*État*, abolie par le Code des Pays-Bas. Conflit. VII, 394.
   b. Des *incapables*, abolie par le Code des Pays-Bas. Conflit. VII, 395-397.
5. *Légitimation* par *lettres royales*, admise par le Code des Pays-Bas. V, 292-298.
   Voir le mot *Légitimation*, nos II et III.
6. *Louage.*
   a. Droit d'expulser le locataire, aboli par le Code des Pays-Bas. Des Français pourraient-ils stipuler dans les Pays-Bas le droit d'expulsion? VIII, 166.
   b. *Responsabilité* des *locataires* en cas d'*incendie*, abolie par le Code des Pays-Bas. C'est une loi de police, donc *réelle*. VIII, 165.
7. *Meubles* et *immeubles*.
   a. Les matériaux, provenant de la démolition d'un édifice et destinés à le reconstruire, sont meubles d'après le Code Napoléon, et immeubles d'après le Code des Pays-Bas. Le statut est réel. VII, 147.
   b. Les ruches à miel sont immeubles d'après le Code Napoléon, et meubles d'après le Code des Pays-Bas. Le statut français est *territorial*. VII, 149.
8. *Père administrateur*. Ses pouvoirs ne sont pas les mêmes d'après les deux Codes. Quelle *loi* suivra-t-on quand un père français vend des biens que son enfant possède dans les Pays-Bas, ou qu'un père hollandais vend des biens que son enfant possède en France? VI, 119.
9. *Prodigue*. Le Code des Pays-Bas prononce son interdiction. VI, 196.
10. *Rescision* de la *vente* pour cause de *lésion*. Abolie par le Code des Pays-Bas. Le statut est *personnel*. Absurdités qui résultent de la *réalité* du statut admise par Fœlix. VIII, 145, 146.
11. *Retrait litigieux*. Vente. Aboli par le Code des Pays-Bas. Le statut est *réel*. VIII, 139, 140.
12. *Saisine*. Délation de la saisine; enfants naturels. VI, 359, 362.
13. *Statut personnel* de l'*étranger*. Le Code des Pays-Bas l'admet-il? On ne le sait. Fœlix. Asser. Opsoomer. II, 63.
14. *Successions*. Payement des dettes et contribution. Le Code des Pays-Bas a dérogé au Code Napoléon. Le statut est-il *réel* ou *personnel?* Controverse. Cas dans lesquels il est toujours *réel*. VII, 53, 54.
15. *Transmission* de la *propriété immobilière*. Le Code des Pays-Bas exige la *tradition*; le Code Napoléon se contente de la *volonté* des parties. Ces *statuts* sont *réels*. VIII, 128, 129.
16. Transmission de la propriété des meubles corporels. Même conflit entre les deux Codes. VIII, 130.

PAYS-BAS (Négociations diplomatiques).

Le gouvernement des Pays-Bas propose une *conférence internationale* pour établir des règles sur la compétence et l'exécution des jugements. La proposition n'aboutit point. I, 448.

b. Les personnes civiles ne peuvent pas recevoir à titre gratuit, sauf dans la limite de leur destination et avec une autorisation spéciale. IV, 107, 108, 112.

4. Pour quels services on peut faire des libéralités. IV, 109.
   a. *Charité.* Bureaux de bienfaisance et hospices, congrégations hospitalières. IV, 110, 114, 115.
   b. *Culte.* Fabriques d'église et séminaires. IV, 76, 111, 116.
   c. *Enseignement.* Qui peut recevoir? Les écoles *libres?* IV, 109.
   Voir le mot *Communes.*
5. *Législation étrangère.* Comment on procède aux États-Unis. Chaque corporation a sa *charte* qui détermine et limite ses *droits* IV, 103, 117.

B. *Droits* des *personnes civiles* à l'*étranger*.

I. Les personnes civiles *existent-elles à l'étranger?*
1. Les personnes civiles n'ont pas d'existence légale en dehors du pays où elles ont été créées. IV, 119.
2. Les personnes civiles n'ont pas de *statut personnel.* La loi qui les crée est un statut *réel.* IV, 120-122.
3. *Quid* des *sociétés de commerce?* La loi qui leur reconnaît une personnification peut-elle être étendue aux autres corporations? IV, 123, 124.
4. L'*État* avec ses subdivisions, les *provinces* et les *communes,* existe à l'étranger sans avoir besoin d'une reconnaissance spéciale. IV, 125-127.
   a. On ne peut pas étendre cette exception aux établissements publics. IV, 128, 129.

II. *Droits* des personnes civiles à l'étranger.
1. Celles qui ne sont *pas reconnues* ne jouissent d'aucun droit. IV, 130-132.
2. Celles qui *sont reconnues* sont soumises, quant à leurs droits, au statut *territorial.* Critique d'un avis contraire du Conseil d'État et de l'opinion de Fœlix. IV, 133-136.
3. En quel sens elles jouissent du *droit de propriété?* Et quelle *loi* régit ce droit? IV, 137, 138.
4. Du droit de *recevoir*, de *contracter* et de *prescrire.* IV, 139-141.
5. *Hypothèque légale* des personnes civiles. Peuvent-elles s'en prévaloir à l'étranger? IV, 142.
6. Peuvent-elles *ester* en *jugement?* IV, 143.

III. *Droit étranger.*
1. Ces principes sont admis aux *États-Unis,* mais avec des exceptions qui sont des inconséquences en ce qui concerne le droit d'ester en jugement et d'acquérir. IV, 144-146.
2. Un publiciste allemand, Bar, pose le principe contraire. *Critique* de sa doctrine. IV, 147-151.
   3. Les légistes *allemands* sont encore dominés par le vieux *préjugé* des *causes pies.* IV, 152.
3. Le droit italien, mal formulé, est incertain. IV, 153.

PREUVES.

I. Quel est le statut qui régit les *preuves?*
1. On distingue entre l'*ordinatoire* et le *décisoire*. VIII, 20.
2. Le statut de l'*ordinatoire*, c'est-à-dire de la procédure, est *réel*, comme dépendance du *droit public*. VIII, 21.
3. Le statut du *décisoire*, c'est-à-dire des preuves qui décident les contestations, dépend de la *loi* qui *régit* les *contrats*, donc de l'*autonomie*, et, dans l'espèce, de la loi du lieu où le contrat s'est fait. VIII, 22-25.

II. Des diverses espèces de preuve.
Voir les mots *Présomptions*, Preuve *littérale*, Preuve *testimoniale*, *Serment*.

PREUVE LITTÉRALE.

Voir les mots *Actes authentiques* et *Actes sous seing privé*.

PREUVE TESTIMONIALE.

I. Le droit *commun* et le droit *français*. L'un admet la preuve testimoniale sans restrictions, l'autre ainsi que les Codes qui en procèdent ne l'admettent que par exception. Quelle en est la raison? Est-ce la corruption croissante des mœurs? VIII, 37.

II. Dans ce *conflit des législations*, quelle *loi* faut-il suivre? VIII, 38.
1. Est-il vrai, comme le dit Fœlix, qu'il y a un accord à peu près unanime, pour admettre la *loi* du *lieu* où le *fait juridique s'est passé?* VIII, 39
2. L'ancien droit français. Désaccord entre Bouhier, Boullenois, Loisel, Brodeau et Merlin, sur la jurisprudence du parlement de Paris. On ne sait ni ce que le parlement a décidé, ni, par suite, les motifs de sa décision. VIII, 39-41.
3. Fœlix se prononce pour la *loi du lieu du contrat*, en appliquant à la preuve testimoniale la distinction de l'ordinatoire et du décisoire. VIII, 42, 43.
   Voir le mot *Preuve*.
4. Mittermaier et Linde se prononcent pour la *loi du for*, que Merlin et Fœlix rejettent. VIII, 43, 44.
5. Massé et la jurisprudence adoptent la *loi du lieu du contrat*. VIII, 44.
6. La règle s'applique-t-elle aux incapacités des témoins? Sur ce point Massé, d'accord avec Mittermaier, se prononce pour la *loi du for*. Critique de cette opinion. VIII, 45.

III. *Commissions rogatoires*. Voir ce mot.

PRIVILÈGES (Droits réels).

A. Privilèges *immobiliers*.

I. Quelles sont les *créances privilégiées* sur les immeubles, les *causes* des privilèges, et les conditions requises pour qu'ils existent? VIII, 403.
1. L'*antichrèse* donne-t-elle un privilège?
   Voir le mot *Antichrèse*.
2. Le *droit de rétention* confère-t-il un privilège?
   Voir le mot *Rétention* (*Droit de*).

3. La *séparation de patrimoines* est-elle un privilège?
Voir le mot *Séparation de patrimoines*.

II. *Conservation* des privilèges

1. La *loi* qui régit la conservation des privilèges est réelle en principe. VII, 420.
2. Les *parties* peuvent *renoncer* au privilège, ou le *modifier*. La renonciation et les modifications dépendent de leur *autonomie*. VII. 503.

III. *Droits* des créanciers privilégiés.

1. Il y a des créances privilégiées qui sont munies d'un *droit de résolution*. La loi hypothécaire belge, par dérogation au Code Napoléon, dispose que le droit de résolution est une dépendance du privilège. Conséquence qui en résulte quant au statut qui régit la résolution. VII, 408.
2. *Rétroactivité* des *privilèges*. La loi belge l'a abolie. *Conflit* entre la loi hypothécaire belge et le Code français. VII, 419.
   a. En quel sens le privilège de l'*architecte* rétroagit. VII, 501.

IV. *Statut*. Les privilèges immobiliers sont des *hypothèques privilégiées*. En conséquence le *statut* qui les régit est *réel*. VII, 400.

1. Le *statut* des privilèges est *toujours réel*, à la différence du statut des *hypothèques légales* qui est *personnel*, quand il s'agit de l'hypothèque que la loi accorde aux incapables. VII, 404.
2. Les *conditions* d'existence des *privilèges* immobiliers dépendent du statut réel. VII, 402.

B. Privilèges *mobiliers*.

I. *Classification*. Privilèges généraux et privilèges spéciaux. VII, 183.

1. D'après la loi hypothécaire belge, il n'y a plus qu'un seul privilège qui porte sur les immeubles et les meubles, ce sont les *frais de justice*. Motifs et caractère de ce privilège. VII, 184.
2. Les privilèges *généraux* sur les *meubles* sont, d'après le Code Napoléon, privilégiés sur les *immeubles*. Cette préférence est abolie par la *loi belge*. Conséquence qui en résulte. VII, 189.

II. Privilèges *généraux* sur les meubles.

1. *Frais funéraires;* en quel sens ils sont d'*intérêt public*. VII, 185.
2. Frais de dernière *maladie*. Intérêt *général* qui légitime ce privilège. VII, 186.
3. Salaires des *gens de service*, des *commis* et des *ouvriers*. Le privilège est d'intérêt *général*. VII, 187
4. *Subsistances*. Le privilège de ces fournitures est d'intérêt *général*. VII, 188.
5. Les privilèges généraux s'étendent-ils aux biens situés en pays étranger? VII, 210.

III. Privilèges spéciaux.

1. *Abus* et prévarications. Intérêt *général*. VII, 201.
2. *Aubergistes*. Intérêt des *relations internationales*. VII, 198.
3. *Bailleur*. Motif d'intérêt général. VII, 190.
   a. Étendue du privilège. La loi belge l'a réduit. On applique la *loi territoriale*, de préférence à la loi personnelle. VII, 191.
   b. *Loyers à échoir*. Loi française du 12 février 1872. Cette loi est réelle. VII, 192.

1. La révolution les a abolis.
2. Motifs particuliers pour lesquels les *substitutions* ont été *abolies*. VI, 325.

III. *Statut*.

1. Le statut des successions privilégiées est *réel* d'après la tradition française. Jurisprudence. VI, 326, 327.
2. En théorie, la question est douteuse. Il y a une considération qui doit l'emporter, c'est l'ordre moral. Dieu ne fait pas d'aînés et n'en connait point, l'homme n'a pas le droit d'en faire. VI, 328.

PROCÉDURE.

Les *formes* de procédure tiennent au droit public, donc au statut réel. II, 254.

PRODIGUES.

Voir les mots *Curatelle, Garde, Gardiens, Pays-Bas*, n° 9.

PROGRÈS (**Loi du**).

I. Au treizième siècle, les barons anglo-normands proclament que les *lois d'Angleterre* sont *immuables* (*Nolumus leges Angliæ mutare*). Effectivement la *légitimation par mariage subséquent*, que le parlement refusa d'admettre, est encore aujourd'hui rejetée en Angleterre.

1. Mais la *Common-Law* a cédé à bien d'autres égards. Au dix-huitième siècle, l'Angleterre refusa de conclure un traité avec la France pour l'abolition du droit d'aubaine, parce que la *constitution territoriale* ne le lui permettait pas. En 1870, elle a changé ce régime territorial par une loi, en permettant aux étrangers de posséder des immeubles. C'est un premier pas fait hors de la tradition féodale Il sera suivi par bien d'autres.

II. Le progrès s'accomplit lentement. Quelquefois la législation recule, aux époques de réaction, mais le progrès finit toujours par s'accomplir, sous la main de Dieu, malgré les passions mesquines des hommes. Il en a été ainsi du droit d'aubaine. Aboli par l'Assemblée Constituante, rétabli, en partie, par le Code Napoléon, il est de nouveau aboli le 14 juillet 1819; aboli ensuite en Belgique et dans les Pays-Bas.

Voir les mots *Aubaine* (*Droit d'*) et *Réciprocité* (*Droit de*).

PROPRIÉTÉ (**Droit de**).

I. La propriété est-elle un *droit naturel* ou un *droit civil?* III, 323.

1. *Actes* de *commerce* et *commerçants*.
   a. Les *actes* de *commerce* ont commencé par être une dépendance du *droit civil*. On les considère aujourd'hui comme appartenant au *droit des gens*. III, 330.
   b. *Conséquences* que l'on rattache au principe que le *commerce* est du droit des gens. III, 331.
   c. L'*étranger commerçant* peut-il invoquer les *obligations* que les *cahiers de charges* imposent aux compagnies de chemins de fer dans l'intérêt du *commerce?* III, 333.

PROPRIÉTÉ (Statut).

a. « Puissance paternelle n'a lieu. » Sens de cette maxime, contestée par Bouhier. VI, 9.

b. La puissance paternelle, dans les pays de droit écrit, était un *droit* pour le père. C'est cette puissance-là dont les auteurs ne voulaient pas. III, 308; VI, 8, 9.

2. L'ancienne puissance paternelle, considérée comme droit, est abolie par les lois de la Révolution et par le Code civil. Ce que le Code appelle puissance paternelle n'est que le devoir d'éducation. VI, 11.

II. *Nature* du *statut.*

1. La question de savoir si la puissance paternelle forme un *statut personnel* ou un *statut réel* était déjà controversée dans l'*ancien droit*. Froland, Boullenois, Bouhier. *Incertitude* de la doctrine et de la jurisprudence. VI, 13.

2. *Variations* de *Merlin*. Est-il vrai qu'en cette matière le *statut personnel* est dominé par la *loi territoriale*, parce que la puissance paternelle intéresse l'ordre public et les bonnes mœurs? VI, 14.

III. Le statut personnel dépend-il du *domicile* ou de la *nationalité?*

1. *Inconséquence* et *contradiction* du principe traditionnel du *domicile*. III, 309.

2. Doctrine de Bouhier. *Transition* entre le principe du *domicile* et le principe de *nationalité*. III, 310.

IV. De l'*usufruit légal*. Nature du statut.
Voir le mot *Usufruit légal*.

V. *Droit étranger.*

1. Droit *allemand* et *anglais*. Les légistes s'accordent à considérer le *statut* de la *puissance paternelle* comme *personnel*. Mais les Allemands le déterminent par le *domicile*. Absurdités auxquelles aboutit le principe du domicile. VI, 23.

2. Doctrine *allemande, anglaise* et *italienne* concernant les droits du père sur les *biens de l'enfant*. VI, 24.

VI. *Droit* du père sur les *biens*.

1. Administration des biens. Droit français et droit hollandais. Conflit, en ce qui concerne le pouvoir du père administrateur. Quelle loi faut-il suivre? VI, 119.

2. *Usufruit légal* des père et mère.
Voir le mot *Usufruit légal*.

QUASI-CONTRATS.

I. Quelle est la loi qui les régit?

1. Dans l'opinion générale, on applique la *loi du lieu* où le fait s'est passé. VIII, 4, 5.

2. Critique de l'opinion de Fœlix et de Brocher. VIII, 6.

3. Critique de l'opinion de Rocco. VIII, 7.

II. Les quasi-contrats sont régis par des principes analogues à ceux qui régissent les contrats. Il faut tenir compte d'abord de la loi nationale des parties. Si les parties ont une nationalité diverse, on applique la loi du lieu où le quasi-contrat se forme. VIII, 2, 3.

III. Application de cette règle aux deux quasi-contrats admis par le Code Napoléon.

1. La *gestion d'affaires*. VIII, 4.

2. La *répétition* de l'*indû*. VIII, 5.

IV. La *tutelle* est-elle un quasi-contrat? Elle est régie par la loi personnelle du mineur. Le même principe s'applique aux autres administrations légales. VIII, 8.

Voir le mot *Loi* (Obligations qui naissent de la).

QUESTIONS D'ÉTAT.

I. Les *tribunaux français* sont-ils compétents pour connaître des questions d'état concernant les étrangers?

1. Doctrine.

a. Asser et Massé se prononcent pour l'*incompétence*. Critique de cette opinion. IV, 46.

b. Rocco attribue la connaissance des questions d'état au juge du domicile, en vertu du droit commun. IV, 47.

2. *Jurisprudence française*. Se prononce pour l'*incompétence*. Mais les arrêts confondent tout. IV, 49-52.

a. On ne sait quel est le fondement de l'incompétence. Arrêts de Paris et de la cour de cassation. IV, 53.

3. Application du principe de l'incompétence à raison du statut personnel de l'étranger, au *conseil judiciaire*. Jurisprudence contraire des cours de France et de Belgique. IV, 55.

4. De la *séparation de corps*. La doctrine de l'incompétence aboutit à un déni de justice. IV, 56, 57.

5. Le système qui prévaut est celui de l'*intérêt français*, c'est-à-dire de l'égoïsme national. IV, 53, 58 et 59.

6. Jurisprudence des cours de Belgique.

a. La cour de Bruxelles a varié. IV, 48 et 54.

b. La cour de cassation de Belgique met les *étrangers* sur la même ligne que les *Belges*. IV, 60.

c. Incertitude de la jurisprudence sur la question de *résidence* et de *domicile*. IV, 61.

7. Conclusion. IV, 61.

Voir le mot *Compétence*.

RACHAT (Pacte de).

1. Le pacte de rachat est une condition résolutoire, et dépend par conséquent de l'*autonomie* des parties contractantes. VIII, 157.

Voir le mot *Résolution*,

2. Cependant le *délai* dans lequel le rachat doit être exercé est d'ordre public. Conséquence qui en résulte quant à la nature du *statut* qui régit le délai. VIII, 227.

RAPPORT (Successions).

I. *Nature* du rapport. D'après le Code Napoléon, il dépend de la *volonté* du défunt. VII, 30, 31.

3. La ***réalité des coutumes*** se confondait, dans les ***Pays-Bas***, avec la ***souveraineté*** des ***provinces***, dont elle était l'expression. I, 294.
4. ***Réalisme*** des ***légistes belges***. Stockmans, qui s'en moque, donne lui-même en plein dans la réalité féodale. I, 295.
5 Des diverses causes qui favorisent le réalisme dans les ***Pays-Bas***. I, 296-298, 305.
6. Jurisprudence et législation.
   - *a.* L'édit perpétuel de 1611 donne tout à la réalité. I, 299.
   - *b.* La jurisprudence belge est réaliste jusqu'à outrance. I, 300.
   - *c.* Jurisprudence concernant le statut de ***communauté***, le ***douaire***, les ***droits*** du ***mari*** sur les ***biens dotaux***, sur le statut qui ***défend*** aux ***époux*** de se faire des libéralités. I, 301-304.

   Voir les mots ***Bourgoingne***, ***Vandermuelen***, Paul ***Voet*** et Jean ***Voet***.

III. Le ***réalisme*** des ***légistes anglo-américains***.

1. ***Caractère féodal*** de la ***Common-law***. I, 377.
   - *a.* La propriété immobilière est une ***tenure***. II, 18.
   - *b.* Ce principe a été maintenu aux Etats-Unis, sauf que la nation prend la place du roi. II, 28.
   - *c.* L'allégeance, lien du vasselage féodal. III, 137, 138.
   - *d.* Rapports du mari et de la femme. Le mari, le ***baron***, le lord. V, 71.
   - *e.* Règne de la force, le ***pouvoir de correction*** du mari. V, 49.
2. La ***souveraineté territoriale*** est encore une tradition de la féodalité.
   - *a.* Chaque nation a une souveraineté exclusive sur son territoire. En quel sens cela est vrai, en quel sens cela n'est pas vrai. I, 381.
   - *b.* L'***étranger*** sans droit. Le ***sang inhéritable***. I, 385.
   - *c.* Le droit de ***naufrage*** au XVIIIe siècle. I, 386.
   - *d.* Il n'y a pas de lien de droit entre les nations, pas même un ***lien moral***. I, 387.
3. ***Statut personnel***. Les légistes anglo-américains nient le statut personnel; ils ne l'admettent que par courtoisie. I, 382.
   - *a.* ***Objections*** de Story contre le principe de la ***personnalité des lois*** fondée sur l'***obligation juridique*** des nations d'en permettre l'application. I, 388
   - *b.* ***Réponse*** à ces ***objections***. I, 388-390.

   Conséquences du réalisme anglo-américain.
   1. Il n'y a plus de droit international privé, pas plus que de droit international public. I, 378, 391.
   2. ***Opposition radicale*** entre les légistes anglo-américains et les légistes du continent sur la base du droit international privé, la personnalité des lois. I, 376.
   3. Cette opposition sera-t-elle éternelle?
      - *a.* La ***Common-law*** n'est plus l'expression de l'état social des Etats-Unis. En Angleterre, le droit féodal n'est plus qu'une fiction. I, 379.
      - *b.* L'esprit nouveau en lutte avec la tradition. I, 380.
      - *c.* Le lien de l'allégeance féodale brisé. I, 383.

6. Le préteur pérégrin. I, 99, 104.

RÉDUCTION.

I. Quel est le statut qui régit la réduction des libéralités excédant le disponible? VI, 273-276; VII, 476.
Voir le mot *Réserve*.

II. La *réduction* a-t-elle un rapport avec la théorie des *effets* et des *suites* des *contrats?* VII, 476.

RÉGIME HYPOTHÉCAIRE.

Voir les mots *Hypothèque conventionnelle*, *Hypothèque légale*, Hypothèque (*Loi hypothécaire belge*), *Hypothèques et privilèges*, *Privilèges immobiliers*, et *Privilèges mobiliers*, *Publicité* et *Transcription*.

RÉGIME MATRIMONIAL.

I. Le *domicile matrimonial*. Ce que les anciens légistes entendaient par le *domicile matrimonial*. Les auteurs modernes appliquent au mariage une doctrine que le droit traditionnel n'appliquait qu'aux *conventions matrimoniales*.
Voir le mot *Mariage*, B, nos I et II.

II. Du *statut* qui régit les *conventions matrimoniales* expresses et tacites. Doctrine de Dumoulin, combattue par d'Argentré et par les réalistes belges, finit par être adoptée même par les réalistes (Voet) et devient une règle de droit commun.
Voir le mot *Communauté entre époux*.

III. Le principe de Dumoulin s'applique à toutes les conventions matrimoniales tacites.
Voir le mot *Conventions matrimoniales*.

RENONCIATION (à une succession).

A. *Succession ab intestat.*

I. *Nature* de la renonciation et statut. Il résulte de la nature de la renonciation qu'elle forme un statut personnel; en quel sens. VI, 373, 374.
1. Conséquences absurdes qui résultent de la *réalité* du statut, enseignée par Bourgoingne. VI, 375

II. La renonciation doit être *expresse*. En résulte-t-il que la renonciation est un acte *solennel*, comme les *contrats* solennels? Quelle est la nature du *statut* qui prescrit une *déclaration* au greffe? VI, 377.

III. *Législation étrangère*. Conflit. Dans quelle forme *doit* ou *peut* se faire la renonciation d'un *héritier étranger* appelé à une succession ouverte en France? Discussion d'une thèse soutenue dans la *Revue du droit international privé* de Clunet. VI, 378.

B. *Succession testamentaire.*

I. Quelle est la *nature* du *statut?* VI, 380.

II. *Conflit* entre le droit *français* et le droit *italien* sur la question de savoir dans quelle *forme* doit se faire la renonciation. VI, 381.

2. En quel sens le *statut* prend un caractère de *réalité* en ce qui concerne les *immeubles*. La séparation des patrimoines quant aux immeubles est-elle un privilège? VII, 56, 405.

II. *Législation étrangère*. Conflit entre le Code italien et le Code Napoléon, en ce qui concerne les *conditions requises* pour la conservation du droit des créanciers, soit quant aux *meubles*, soit quant aux *immeubles*. VII, 57.

SÉPARATIONS DE TERRITOIRES.

I. *Séparations* de *territoires*, par suite de *guerres* et de *révolutions*, depuis la révolution française.

II. Changement de nationalité qui en résulte.

III. Lois de faveur portées à l'occasion de ces changements.

Voir le mot *Annexion et séparation de territoires*.

SERMENT.

I. Le serment est-il un *acte religieux?* Oui, d'après Pothier; non, d'après Cicéron et la philosophie. Le Code Napoléon ne prescrit pas de formule, et en France le serment est une simple affirmation morale, qui n'a plus pour sanction les peines de l'enfer, mais les peines du Code pénal. A plus forte raison en est-il ainsi en Belgique, où l'ordre civil et l'ordre religieux sont entièrement séparés. VIII, 54, 55.

II. Quelle est la *loi* qui régit le serment? Le serment ne dépend pas de la *procédure*, comme Massé le prétend, ni de la *loi du lieu* où la convention s'est faite, comme Fœlix le soutient, car les parties, en contractant, n'ont pas prévu qu'elles devraient avoir recours au serment. VIII, 56.

1. La loi du serment est *réelle*, parce que la *religion* est en cause là où le serment est religieux, et la *morale*, là où le serment est une affirmation morale. VIII, 57.

2. Quelle loi suit-on pour la prestation du serment quand il est prêté sur une *commission rogatoire?* VIII, 60-63.

Voir le mot *Commission rogatoire*, n° II.

SERVITUDES PERSONNELLES.

I. Les *servitudes personnelles* sont *abolies*. L'abolition est d'*ordre public*, ce qui rend le statut *réel*. VII, 301.

II. Le Code Napoléon maintient trois servitudes personnelles, l'usufruit, l'usage et l'habitation. VII, 332.

Voir les mots *Usufruit*, *Usage et Habitation*.

1. Quelles *dispositions*, dans les servitudes personnelles, dépendent de l'*autonomie*, et quelles dispositions dépendent du *statut réel?* VII, 333 et 334.

a. L'usufruit légal, admis par le Code Napoléon (art. 754) en matière de succession, est *réel*, d'après la tradition française. VII, 335.

b. La nature du *statut* qui régit l'*usufruit légal des père et mère* est controversée. VII, 336.

Voir le mot *Usufruit légal*

III. Législation étrangère.

3. La souveraineté ne s'oppose pas à l'application des *lois étrangères* d'*intérêt privé*. I, 369, 370; II, 69, 70.
4. Conciliation de la *souveraineté* et de la *communauté de droit* dans les *relations d'intérêt privé*. I, 365, 370.

STATUTAIRES (1) (**Histoire**).

1. *Statutaires* et *glossateurs*. Les statutaires introduisent la doctrine des glossateurs dans l'*Europe féodale*. Dumoulin et d'Argentré à leur tête. I, 245.
2. Les statutaires restent tous attachés à la maxime de la réalité des coutumes. I, 247.
   a. Même ceux qui critiquent le brocard traditionnel, comme Coquille (I, 285) et ceux qui, comme Stockmans, se moquent de l'engouement des praticiens pour la maxime traditionnelle. I, 295.
3. Cependant les statutaires les plus attachés à la *réalité* (2) maintiennent le principe de la personnalité, en le restreignant dans d'étroites limites. I, 246.
4. Les statutaires appartiennent tous aux pays coutumiers; ils ont une grande prédilection pour les coutumes, qu'ils considèrent comme le droit général de la France. I, 249, 250.
   a. Conséquence qui en résulte quant à la *doctrine des statuts*. I, 248 et 252.
5. Il n'y a pas de doctrine dominante. C'est une lutte entre ceux qui restent attachés à la réalité des coutumes (les *réalistes*) et ceux qui donnent plus à la *personnalité*. I, 253.
   a. La réalité perd. La personnalité gagne. I, 255.
   b. La jurisprudence se prononce pour la personnalité I, 254.
   c. La *jurisprudence* décide que les conventions matrimoniales forment un statut *personnel*. I, 292.
   d. Ainsi que tout statut d'*incapacité*. I, 291.
   e. Sous le régime féodal, la *majorité* même était un statut reel. I, 356.
   f. Les parlements se prononcent pour la personnalité du statut de *majorité*. I, 290.

   Voir les mots *d'Argentré*, *Coquille* (*Guy*) et *Dumoulin*.

STATUTAIRES BELGES.

1. La doctrine des glossateurs jouissait d'une grande autorité dans les provinces belgiques. I, 251.
2. Mais avec une *tendance* très prononcée pour la réalité. I, 293-295.
3. Des causes qui favorisaient le réalisme dans les provinces belgiques. I, 296-298.

(1) Je me sers de cette mauvaise expression pour abréger les explications. Il est, du reste, facile de la comprendre, puisque toute notre science roule sur les *statuts*. Les statutaires sont les nombreux légistes qui ont écrit sur le *conflit des statuts*.

(2) C'est un terme dont les légistes français du dix-huitième siècle se servent. De là je me suis permis d'appeler *réalistes* ceux qui, de préférence, s'en tiennent au statut *reel*.

4. Réalisme de l'édit des *archiducs Albert et Isabelle* (1611) et de la jurisprudence des cours de Belgique. I, 299-304.
Voir les mots *Bourgoingne, Paul Voet* et *Jean Voet.*

STATUTAIRES FRANÇAIS DU DIX-HUITIÈME SIÈCLE.

1. *Lutte séculaire* de la personnalité et de la réalité. I, 375.
2. Les *légistes*, essentiellement *traditionnalistes* et *conservateurs*, restent attachés aux *sacrées coutumes* et à leur *souveraineté.*
3. Toutefois ils s'inspirent, sans le savoir, du cosmopolitisme philosophique du dix-huitième siècle. I, 332, 341, 342.
   a. La doctrine des *économistes* et des *philosophes*. I, 333-336.
   Voir les mots *Économistes, Cosmopolitisme, Philosophie.*

STATUTS (Doctrine des).

I. La doctrine des *statuts* repose sur la distinction des *statuts personnels* et des *statuts réels*. Incertitude de cette distinction et, par suite, de la doctrine traditionnelle des statuts. I, 11, 362.
1. La doctrine est contradictoire. La réalité poussée à bout exclut la personnalité. I, 361.
   a. C'est ce que font les *réalistes conséquents*, tels que J. Voet. I, 314.
   b. Et les *légistes anglo-américains*. I, 381, 382.
   Voir le mot *Angleterre* (*Droit anglo-américain*).
2. La doctrine des statuts repose sur la *souveraineté territoriale* et *absolue*. Cette doctrine est fausse. I, 366, 367.
Voir le mot *Souveraineté.*
3. La doctrine du statut implique une différence essentielle entre les *meubles* et les *immeubles*. Cette distinction est *fausse*. II, 182, 183.
   a. Transformation de la *doctrine traditionnelle*. I, 25, 26; II, 184.

II. La doctrine traditionnelle des statuts est abandonnée par les juristes allemands. II, 178.
1. Répudiée notamment par Savigny. I, 415.
2. Toutefois, il en maintient la substance. I, 416.
3. Les auteurs allemands reproduisent la doctrine réaliste sous une autre forme. En définitive, les *termes* seuls sont abandonnés.
   a. Système de Pütter. Le réalisme absolu. II, 66.
   b. Système de Wächter. En *théorie* il aboutit à la négation du statut personnel. II, 67-71. En fait, il l'admet. II, 72, 73.

III. Faut-il aussi abandonner la doctrine et la terminologie en droit français?
1. On reproche à la cour de cassation de fonder ses décisions sur la *doctrine surannée des statuts*. VI, 22.
2. On a aussi reproché à M. Barde de ressusciter cette doctrine.
3. Je mérite le même reproche. Ma justification est écrite dans le texte du Code Napoléon (art. 3).
   a. Histoire de la rédaction de l'article 3. II, 46.
4. L'interprète a-t-il le droit de corriger la loi? VI, 130.

STATUT RÉEL.

f. Les articles 908, 909 et 910 forment-ils un statut réel? II, 153.
g. Les articles 1094, 1098 et 1082 sont-ils des statuts réels? *Quid* des articles 1096 et 1097? II, 154.
2. Conclusion. La doctrine de la réalité des statuts immobiliers est fausse et elle est abandonnée, sauf dans les cas où les statuts intéressent les *droits de la société*. II, 158, 159; VII, 255.

IV. Droit étranger.
Voir le mot *Immeuble*, n° III.

B. *Meubles.*
I. Des cas dans lesquels les meubles sont régis par le statut *réel*.
Voir le mot *Meubles* (*Statut des*), A, n° II.

C. *Solennités et formes.*
I. Quel est le statut des formes? Le sens et la portée de l'adage *Locus regit actum*.
Voir le mot *Formes*.
II. Quel est le statut qui régit la *solennité* dans les actes et contrats *solennels?*
Voir le mot *Solennité*.

D. *Successions.* Le statut des successions est-il *personnel* ou *réel? Réel* dans la doctrine traditionnelle consacrée par le Code Napoléon, *personnel* d'après les vrais principes.
Voir le mot *Succession*.

E. *Théorie* des *droits de la société*.
I. Les lois relatives aux *droits de la société* sont *réelles* en ce sens qu'elles reçoivent leur application quelle que soit la *nationalité* des parties intéressées, quelle que soit la *nature* des *biens* et quel que soit le lieu du contrat. Elles dominent l'*autonomie* et tout statut personnel. II, 188.
1. C'est le vrai domaine de la *souveraineté,* en considérant la souveraineté comme une mission d'intérêt général. II, 187.
2. Cette théorie donne satisfaction à ce qu'a de légitime la doctrine des réalistes, et notamment l'opposition des Anglo-Américains contre le statut personnel. II, 185, 186.
Voir les mots *Ordre public, Souveraineté*.
II. Les lois relatives aux *droits privés* sont personnelles, alors même qu'elles se rapportent aux *biens meubles ou immeubles*. II, 189.
Voir le mot *Autonomie* et le mot *Statut personnel*, D.
III. Comment peut-on savoir quelles lois intéressent les *droits de la société?* II, 206-208.
Voir les mots *Ordre public, Mœurs* (*Bonnes*), *Droit public* (*Lois de*).

F. Quels *statuts* sont *réels* par application de ces principes.
I. *Droits réels.* Est-il vrai que les droits réels sont toujours régis par la loi de la situation? Quelles dispositions dépendent du *statut réel?* Et quand y a-t-il lieu à l'*autonomie* ou au *statut personnel?*
Voir le mot *Droits réels*.
II. *Emphytéose.*
1. Est-il vrai, comme le dit Savigny, que l'emphytéose forme évidemment un *statut réel?* VII, 355.
Voir le mot *Emphytéose*.

2. *Dispositions* qui dépendent du *statut personnel*. VII, 355, 358.

III. *Hypothèques* (Régime hypothécaire).

1. Est-il vrai, comme le dit Fœlix, que tout le régime hypothécaire dépend du statut réel? VII, 366.

a. En général, oui, et d'après la tradition. VII, 367, et d'après le principe qui régit les droits de la société. VII, 368-371.

Voir le mot *Hypothèque*.

b. Il y a cependant des dispositions qui dépendent de l'*autonomie*.

1. Le droit de *gage*. En quel sens il dépend de l'*autonomie* et en quel sens il dépend du *statut réel*.

Voir le mot *Gage*.

2. L'*antichrèse* dépend de la loi qui régit les *conventions*. VII, 406.

Voir le mot *Conventions*.

3. L'*indivisibilité* de l'hypothèque. VII, 372.

c. Et d'autres qui dépendent du *statut personnel*.

1. L'hypothèque légale des *incapables*. VII, 375, 396.

2. En quel sens cette hypothèque forme un *statut réel*. VII, 375.

2. Du droit de suite des *créanciers chirographaires* : quand il dépend du *statut réel* et quand il est régi par le *statut personnel*. VII, 379.

3. L'hypothèque des droits d'*usage* et d'*habitation* dépend de l'*autonomie*. VII, 384.

IV. *Possession*. Dépend en tout du *statut réel*. VII, 256-261.

Voir le mot *Possession*.

V. *Prescription*. La prescription acquisitive et la prescription extinctive dépendent du statut réel. VIII, 225-256.

Voir le mot *Prescription*.

1. Il y a cependant une prescription spéciale, celle de l'article 1304, qui dépend de la *confirmation*, donc de la *loi* qui régit les *conventions*. VIII, 256.

Voir le mot *Conventions*.

VI. *Preuves*. Distinction entre l'*ordinatoire* et le *décisoire*. Le premier (*procédure*) dépend du statut réel, le second (*preuve*) dépend de la loi qui régit le contrat.

Voir le mot *Preuve*.

1. Le principe s'applique à la *preuve littérale*.

Voir les mots *Actes authentiques* et *Actes sous seing privé*.

2. Pour les *présomptions*, il y a des distinctions à faire. On applique tantôt le statut *personnel*, tantôt le statut *réel*. VIII, 46-53.

Voir le mot *Présomptions*.

3. *Preuve testimoniale*. Est-il vrai, comme le dit Fœlix, qu'il y a un *accord* à peu près *unanime* pour admettre la loi du lieu où le fait juridique se passe? Il y a controverse sur tous les points.

Voir le mot *Preuve testimoniale*.

4. *Serment*. La loi est *réelle*. Pourquoi on ne suit pas la loi du lieu où le fait juridique s'est passé. *Quid* en cas de *commissions rogatoires*?

Voir les mots *Serment* et *Commission rogatoire*.

VII. *Privilèges*. Dépendent de la *loi territoriale*. VII, 369, 370.

1. La *conservation des privilèges* dépend du *statut réel*, cependant la renonciation des créanciers aux effets de certains privilèges est une dépendance de la volonté, donc *personnelle*. VII, 420.
2. Le droit de résolution attaché à certains privilèges était *personnel* d'après le Code civil, il est *réel* d'après la loi hypothécaire belge. VII, 420.

VIII. *Propriété*.

1. En quel sens la propriété est de droit public et dépend du statut réel. VII, 262-271.
   Voir le mot *Propriété*.
2. *Transmission* de la *propriété*.
   a. Quand le statut *réel* est-il applicable? VII, 272-291.
      Voir le mot *Propriété* (*transmission de la propriété*).
   b. Quand on applique le principe de l'*autonomie*. Lorsque la transmission se fait par convention, la *volonté* domine, partant l'*autonomie*. VII, 282, 283; VIII, 129-132.

IX. *Rétention* (*Droit de*). Nature du statut.
Voir le mot *Rétention* (*Droit de*).

X. *Séparation des patrimoines*. En principe, ce droit dépend des *conventions*. En quel sens il prend un caractère de réalité en ce qui concerne les *immeubles*. VII, 55, 56, 405.
Voir le mot *Séparation des patrimoines*.

XI. *Servitudes personnelles*.

1. L'*abolition* des servitudes personnelles forme un *statut réel*. VII, 301.
2. Le statut des *servitudes personnelles* maintenues par le Code Napoléon dépend tantôt de l'*autonomie*, tantôt du *statut réel*.
   Voir le mot *Servitudes personnelles*, n° II, le mot *Usufruit, Usage et Habitation* et le mot *Usufruit légal*.

XII. *Servitudes réelles*.

1. Le statut des servitudes *établies par le fait de l'homme* est *personnel* en principe. Quand il est *réel*.
   Voir le mot *Servitudes*, A, n^{os} I et II.
2. Les servitudes *légales d'utilité publique* dépendent du *statut territorial*. VII, 314-318.
3. Servitudes légales d'*utilité privée*.
   a. *Mitoyenneté*. Quand le statut procède de l'*autonomie* et quand il devient *réel*.
      Voir le mot *Mitoyenneté*.
   b. *Vues* et *jours*. La servitude est d'intérêt social, c'est la *propriété* modifiée dans l'*intérêt de la société*. Donc le statut est *réel*. VII, 329-331.

XIII. *Succession*.

1. Dans le système français, tel qu'il est interprété par la cour de cassation, tout le droit de succession dépend du statut réel. Cela est trop absolu, même au point de vue de la *tradition*.

civil international (art. 3), et cet article n'est qu'un renvoi à la *tradition.* II, 46, 47.

II. Mais la tradition est *incertaine* de sa nature. Même pour le droit civil il est très difficile de la constater. Le droit consistait en coutumes et en doctrine des auteurs. La jurisprudence n'était pas recueillie officiellement et les arrêts n'étaient pas motivés. L'incertitude du droit nécessite la codification.

III. Dans le droit civil international, l'incertitude était plus grande. Les principes mêmes étaient incertains. La tradition consiste en opinions contraires des auteurs. Il n'y a pas une question sur laquelle ils fussent d'accord. La prétendue *unanimité* des auteurs, si souvent invoquée par Fœlix, est une *fiction.* Je l'ai constaté à chaque page de ces Etudes.

IV. Je citerai ici, comme exemples, des matières tout à fait usuelles.

1. Le statut de la *preuve testimoniale.* VIII, 39-41.
   Voir le mot *Preuve testimoniale*, n° II.
2. Le *taux de l'intérêt* dans les rentes. Quelle était la tradition? Story et Bar sont d'un avis tout à fait contraire sur l'opinion des anciens jurisconsultes; et cette même contrariété d'opinions existe entre la cour suprême des Etats-Unis et la cour de la Louisiane. VIII, 193-195.

TRAITÉS.

I. Les traités peuvent seuls donner au droit civil international une existence positive et obligatoire. I, 5, 86.
   Voir le mot *Droit international privé*, nos II et III.

II. Nécessité de traités pour la *preuve* des lois étrangères. II, 272.
   Voir le mot *Lois étrangères* (*Preuve des*).

III. Les traités sont encore nécessaires pour donner aux lois étrangères la *sanction* de la *cassation*. II, 279, 283.
   Voir le mot *Lois étrangères* (*Autorité des*).

IV. Principes d'interprétation.

1. Peut-on appliquer les traités par *analogie ?* I, 443.
2. Les *traités* peuvent-ils déroger à la loi? I, 444.

V. En l'absence de traités, l'auteur de ces Etudes fait, à chaque page, appel à la *diplomatie.*
   Voir le mot *Diplomatie*, n° I.

VI. *Traités particuliers* concernant des matières de droit civil international. Ils sont peu nombreux et les négociations pour la formation d'un droit civil international ont échoué.
   Voir le mot *Diplomatie*, n° II.

1. *Abolition* du *droit d'aubaine.*
   a. Le droit d'aubaine a été aboli par des lois, d'abord en France, puis en Belgique et dans les Pays-Bas, enfin en Angleterre.
      Voir le mot *Aubaine* (Droit d'aubaine).
   b. *États-Unis.* Traités avec les États-Unis pour l'abolition du droit d'aubaine. II, 25, 26.
2. *Conventions consulaires.* VI, 48.

